[orgs.]
Gustavo Borges
Maurilio Casas Maia

na pós-modernidade

Sumário

Prólogo

Fernando Antônio Vasconcelos[1]

Neste ano de 2019 completei quarenta e sete anos de atividades no magistério. Minha primeira experiência foi num Colégio de primeiro grau, em 1972, quando cursava o terceiro ano de Direito. De lá para cá vim abandonar a sala de aula no último mês de fevereiro, quando participei de minha última banca de Mestrado. Apesar dos percalços naturais que ocorridos durante uma vida inteira dedicada ao mundo acadêmico, essa atividade me proporcionou momentos de raro prazer, principalmente quando orientei muitos mestrandos e doutorandos que, hoje, são professores e juristas renomados.

Prefaciar ou posfaciar uma obra nos dá a certeza de que procuramos fazer o bem e plantar as sementes no lugar certo. E a cada dia novas experiências trazem a tão sonhada gratificação, a exemplo de quando fiz o Posfácio do livro coletivo: DANO TEMPORAL: O TEMPO COMO VALOR JURÍDICO, organizado por Maurílio Maia em parceria com Gustavo Borges e vários outros colaboradores. E, agora, vem à lume esta obra de fôlego, **NOVOS DANOS NA PÓS-MODERNIDADE,** sob a tutela de Gustavo Borges Maurilio Casas Maia.

O livro é composto de dezenove capítulos, todos densos, atuais e bem elaborados. O livro trata de consumidor, da era digital, da responsabilidade civil, da publicidade abusiva, da perda de uma chance, do dano temporal, dano afetivo e do dano existencial. E, ainda, sobre a Casuística Do "Choque Nervoso", sobre o Dano Sexual, o Dano Médico e o Dano Hospitalar.

---

[1] Mestre e Doutor em Direito Civil pela UFPE, professor aposentado da UFPB, escritor, jornalista e autor de vários livros sobre Internet, Responsabilidade Civil e Direitos do Consumidor.

Estuda-se, ainda, o Diagnóstico Genético Embrionário e o Nascimento Indesejado, o Dano Moral Coletivo e a "Hidra de Lerna", o Dano Moral Coletivo, a Responsabilidade pelos danos causados por Resíduos Sólidos Pós-Consumo, o Dano Ambiental Laboral e suas Consequências, o Dano Decorrente de Intervenção Estatal e, também, o Dano no Jogo do Processo e Suas Múltiplas Manifestações.

Como se observa, faz-se uma análise de fenômenos e problemas do mundo pós-moderno, do direito que convive com a era digital, com perspectivas jurídicas totalmente impensáveis na época da Constituição de 1988. Já no Capítulo 1, Fernanda Nunes Barbosa aborda "o dano informativo do consumidor na era digital", fazendo uma abordagem a partir do reconhecimento do direito do consumidor como direito humano.

No capítulo seguinte, Lúcia Souza d'Aquino disserta sobre "A Responsabilidade Decorrente da Publicidade Abusiva", indagando se há aí um novo tipo de dano. E analisa quais os danos que a publicidade dirigida ao público infantil pode causar. O capítulo 3, de autoria de Rafael Peteffi da Silva volta à antiga "teoria da perda de uma chance", tendo como objetivo principal apresentar a teoria da perda de uma chance como uma abordagem para uma nova possibilidade de danos indenizáveis no direito brasileiro.

Gustavo Borges e Maurilio Casas Maia buscam, no Capítulo 4, intitulado "AINDA SOBRE A EMANCIPAÇÃO DO DANO TEMPORAL – PELA VALORIZAÇÃO JURÍDICA DO TEMPO HUMANO" adaptar o tema à sociedade de consumo, com ênfase na necessidade de emancipá-lo do dano moral em sentido estrito, tal como realizado com o dano estético.

Os capítulos 5, 11 e 12 (assinados por Bruno Augusto Sampaio Fuga, Felipe Cunha de Almeida e Maurilio Casas Maia) procuram novas interpretações para o fenômeno da Responsabilidade Civil, abordando interessantíssimos temas como: dano por privação de uso; dano sexual e seu contexto dentro da responsabilidade civil; dano médico e dano hospitalar: a responsabilidade objetiva mitigada dos hospitais por dano médico. Já os capítulos 6, 7 e 8 tratam, de formas diferentes do "dano existencial". Um, abordando o Dano Existencial no Direito Italiano e no Direito Brasileiro (Flaviana Rampazzo Soares), outro, o Dano Existencial sob a Perspectiva da Reparação Integral (Andrea Cristina Zanetti e Fernanda Tartuce) e uma terceira abordagem sobre "Dano Existencial Por Violação ao Direito à Desconexão" (Karen Rosendo de Almeida Leite).

Os Capítulos 9 e 10 são altamente inovadores ao trazer à baila dois temas ao mesmo tempo inovadores e de difícil interpretação: "A Casuística do "Choque Nervoso" (Schockschaden) no Direito Civil Alemão", assinado por Guilherme Henrique Lima Reinig e Rafael Peteffi da Silva; e, o segundo, de autoria de Dóris Ghilardi, sobre "Dano Afetivo: Diretrizes de Delimitação Do Dano Indenizável".

Questões sobre "Diagnóstico Genético Embrionário" são abordadas com muita sutileza no capítulo 13, através da autora Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira. Os avanços biotecnológicos respaldados na liberdade científica (art. 5º, IX e 218, da Constituição Federal) permitiram o desenvolvimento e a facilidade de reprodução humana assistida, com realização de diagnóstico genético pré-implantacional realizados em embriões resultantes da técnica de fertilização in vitro. Segundo a autora, o diagnóstico tem o papel de identificar grande número de doenças genéticas e alterações cromossômicas que abrem espaço para a possibilidade de descarte do embrião.

Fabio Schwartz, no Capítulo 14, disserta sobre "O Dano Moral Coletivo e a Hidra de Lerna", cujo objetivo é descrever o dano moral coletivo, que a doutrina vem considerando como novo dano ressarcível, cotejando-o com o dano social. A conclusão é a de que tanto o dano moral coletivo, quanto o dano social, conforme descreve a doutrina, são oriundos de violação a direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade.

O dano ambiental e os males da intervenção estatal não poderiam ficar de fora deste profícuo debate. E eles aparecem nos capítulos 15, 16, com os seguintes títulos: "POR UMA NOVA CATEGORIA DE DANO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO SOCIAL HÍDRICO", de Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho e Carla Cristina Alves Torquato Cavalcanti; "A RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS POR RESÍDUOS SÓLIDOS PÓS-CONSUMO COM BASE NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS", autoria de Bárbara Cordeiro Figliuolo e José Roque Nunes Marques.

E, ainda, nos capítulos 17 e 18: "DANO AMBIENTAL LABORAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS, de Valmir César Pozzetti e Adriana Carla Souza Cromwell"; e, "DANO DECORRENTE DE INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO SUMÁRIO E RESUMOS ECONÔMICO: a responsabilidade do Estado em caso de tabelamento de preços", escrito por Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho.

O último capítulo, cujo autor é Rafael Sirangelo de Abreu, trata do "DANO NO JOGO DO PROCESSO E SUAS MÚLTIPLAS MANIFESTAÇÕES: UMA PERSPECTIVA ANALÍTICA" envereda pela concepção do processo como um jogo, em que as regras influenciam as recompensas buscadas pelos sujeitos processuais no exercício de suas estratégias de atuação. E busca, em particular, compreender a sistemática de responsabilização pelo dano processual como um conjunto de sinais que influenciam a conduta dos agentes processuais.

Em conclusão, os autores buscaram, de maneira didática e ao mesmo tempo profunda, relacionar o direito com a abertura desse viés tecnológico que vem revolucionando os mercados. Observa-se que os autores não estão atrelados ao vetusto Direito Romano ou a regras ultrapassadas do conteúdo jurídico entre 1916 e 2002. Não! Essa juventude estudiosa vai muito das regras, dos rótulos e dos brocardos repetitivos. Buscam as novas tecnologias para explicar os fenômenos atuais, aprofundando-se nos recônditos sentimentos da personalidade dos indivíduos. O mundo jurídico estava necessitando de uma obra desse porte!

João Pessoa, abril de 2019.

Fernando Antônio de Vasconcelos
Mestre e Doutor em Direito Civil pela UFPE, professor aposentado da UFPB, escritor, jornalista e autor de vários livros sobre Internet, Responsabilidade Civil e Direitos do Consumidor.

Prefácio

Diógenes Faria de Carvalho[2]

É com grande honra que apresento o livro *Novos Danos na Pós-Modernidade* com a organização de Gustavo Borges e Maurilio Casas Maia, conhecidos e premiados professores, pois tiveram seu último trabalho reconhecido pelo Prêmio Ada Pellegrini Grinover de melhor obra coletiva em Direito do Consumidor, do Biênio 2016/2018, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor BRASILCON, durante o 14º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor.

A inquietude e a sólida formação científica e jurídica dos organizadores proporcionam a nós, estudiosos do Direito do Consumidor e da sociedade de consumo em geral, a possibilidade de leitura dos temas mais debatidos na atualidade. A obra é, também, iluminada pelos próprios pensamentos dos organizadores. Todos os capítulos mostram oportunos e atuais temas sobre a responsabilidade civil, abrindo espaço

[2] Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Doutorado em Psicologia (Economia Comportamental) pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC - GOIÁS). Mestrado em Direito Econômico pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Professor Adjunto da Universidade Federal de Goias (UFG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás - (PUCGO), Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO) e Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás - UFG. Coordenador do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) pelo biênio 2018/2020. Pesquisas e publicações acadêmicas com ênfase em Direito do Consumidor, abordando os seguintes temas: direito do consumidor, superendividamento do consumidor, psicologia do consumo e propriedade intelectual.

para o questionamento das soluções jurídicas comumente oferecidas aos problemas que surgem na pós-modernidade.

No primeiro capítulo, Fernanda Nunes Barbosa dedica-se ao estudo do *DANO INFORMATIVO DO CONSUMIDOR NA ERA DIGITAL* sob a premissa do direito do consumidor como direito humano, pois volta-se suas reflexões sobre a vulnerabilidade do consumidor nesse contexto da sociedade informatizada e digital.

Em seguida, Lúcia Souza de D'Aquino em: *A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA PUBLICIDADE ABUSIVA: UM NOVO TIPO DE DANO?*, com profundidade trabalha o instituto da responsabilidade civil com um dos elementos centrais do dano que pode decorrer de um exercício abusivo de direito voltado aos consumidores vulneráveis, especialmente, ao público infantil.

Rafael Peteffi da Silva, no terceiro capítulo: *CONSOLIDAÇÃO DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO*, apresenta a teoria da perda de uma chance como uma abordagem para uma nova possibilidade de danos indenizáveis tendo como referência modelos estrangeiros para comparar com sua aplicação nos tribunais pátrios.

No Capítulo 4, AINDA SOBRE A EMANCIPAÇÃO DO DANO TEMPORAL – PELA VALORIZAÇÃO JURÍDICA DO TEMPO HUMANO, os organizadores: Gustavo Borges e Maurilio Casas Maia, tratam de forma inusitada o denominado "dano temporal" na sociedade de consumo, com ênfase na necessidade de emancipá-lo do dano moral em sentido estrito, como, por exemplo, no dano estético.

Bruno Augusto Sampaio Fuga *em O DANO POR PRIVAÇÃO DE USO E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL* trata do dano pela privação de uso, o qual tem ligação com danos materiais e danos extrapatrimoniais, pois determina que tem reflexos tanto nos aspectos financeiros quanto nos aspectos de direitos da personalidade.

No Capítulo 6, *denominado DANO EXISTENCIAL NO DIREITO ITALIANO E NO DIREITO BRASILEIRO*, Flaviana Rampazzo Soares analisa o dano existencial, perpassa por seu percurso histórico no Direito Italiano indicando seus contornos conceituais, fundamentos normativos e teóricos, por meio da análise de algumas decisões proferidas pela Corte de Cassação, demonstrando que o dano existencial permanece atual e útil como tipo de dano a ser indenizado.

Já Andrea Cristina Zanetti e Fernanda Tartuce, no capítulo *O DANO EXISTENCIAL SOB A PERSPECTIVA DA REPARAÇÃO INTE-*

GRAL: DESTAQUES DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS discute o conteúdo do dano extrapatrimonial sob a perspectiva da reparação integral. Para tanto, são analisadas as contribuições da doutrina italiana para a definição do dano existencial e os contornos que essa subespécie de dano tem assumido no direito pátrio.

Continuando, Karen Rosendo de Almeida Leite em: *DANO EXISTENCIAL POR VIOLAÇÃO AO DIREITO À DESCONEXÃO* aborda o direito à desconexão como o direito fundamental de se desligar totalmente no período de lazer e descanso de tudo que não interessa ao cidadão, como por exemplo de seu trabalho e das suas relações de consumo.

No Capítulo 9, *A CASUÍSTICA DO "CHOQUE NERVOSO" (SCHOCKSCHADEN) NO DIREITO CIVIL ALEMÃO*, Guilherme Henrique Lima Reinig e Rafael Peteffi da Silva tratam da casuística no direito civil alemão. O Código Civil alemão (BGB) não prevê uma indenização por dano moral em favor dos familiares da vítima direta. Todavia, as cortes germânicas concedem indenização quando comprovada uma lesão à saúde psíquica do familiar sobrevivente. Assim, o artigo expõe os contornos gerais desse entendimento jurisprudencial, contextualizando-o no cenário europeu, no qual vigora a perspectiva francesa, seguida, também, pelo direito civil brasileiro.

Dóris Ghilardi, em *DANO AFETIVO: DIRETRIZES DE DELIMITAÇÃO DO DANO INDENIZÁVEL*, tem como objeto central a delicada questão do dano afetivo, sendo inegável a repercussão em torno do tema, como a responsabilidade civil, a delimitação do dano indenizável e os seus percalços ao se tratar do dano afetivo na esfera familiar. Em seguida, Felipe Cunha de Almeida empreendeu um trabalhado para analisar o dano sexual e seu contexto dentro da responsabilidade civil.

Um dos nossos organizadores, Maurilio Casas Maia em *DANO MÉDICO E DANO HOSPITALAR: A responsabilidade objetiva mitigada dos hospitais por dano médico enquanto proposta de harmonização entre o caput e o § 4º do art. 14 do CDC*, pretende analisar a responsabilidade civil dos hospitais a partir do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor e de uma perspectiva jurisprudencial.

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira, em *DIAGNÓSTICO GENÉTICO EMBRIONÁRIO E O NASCIMENTO INDESEJADO: REPERCUSSÕES NO CAMPO DA RESPONSABILIDADE CIVIL*, investiga como os avanços biotecnológicos respaldados na liberdade científica (art. 5º, IX e 218, da Constituição Federal) permitiram o desenvolvimento do procedimento de reprodução humana assistida e

a realização de diagnóstico genético pré-implantacional realizados em embriões resultantes da técnica de fertilização *in vitro*, o que é feito antes de sua implantação no útero da mulher.

Em *O DANO MORAL COLETIVO E A HIDRA DE LERNA*, do querido amigo Fabio Schwartz, empreende um trabalho como objetivo descrever o dano moral coletivo, que a doutrina vem considerando como novo dano ressarcível, cotejando-o com o dano social.

No capítulo 15, *POR UMA NOVA CATEGORIA DE DANO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO SOCIAL HÍDRICO*, Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho e Carla Cristina Alves Torquato Cavalcanti asseveram que a política de gestão da água tem o dever de contribuir para uma sociedade mais justa, seguindo os princípios sociais de igualdade e inclusão.

Bárbara Cordeiro Figliuolo e José Roque Nunes Marques, em *A RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS POR RESÍDUOS SÓLIDOS PÓS-CONSUMO COM BASE NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS*, abordam os danos ambientais decorrentes de resíduos sólidos pós-consumo, como como um novo dano da pós-modernidade.

Em DANO AMBIENTAL LABORAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS, deValmir César Pozzetti e Adriana Carla Souza Cromwell buscaram identificar os possíveis danos a que o trabalhador fica exposto, no meio ambiente de trabalho. Na sequência. em *DANO DECORRENTE DE INTERVENÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: A responsabilidade do Estado em caso de tabelamento de preços*, Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho almejaram analisar a responsabilidade do Estado por dano decorrente de sua intervenção indireta no domínio econômico e que se efetive na forma de tabelamento de preços

Por fim, no Capítulo 19, O DANO NO JOGO DO PROCESSO E SUAS MÚLTIPLAS MANIFESTAÇÕES: UMA PERSPECTIVA ANALÍTICA, Rafael Sirangelo de Abreu a partir de uma leitura diferente do fenômeno processual, assume a concepção do processo como um jogo em que as regras influenciam as recompensas buscadas pelos sujeitos processuais no exercício de suas estratégias de atuação, buscando compreender a sistemática de responsabilização pelo dano processual como um conjunto de sinais que influenciam a conduta dos agentes processuais, mormente nas hipóteses de responsabilidade pelo ato ilícito processual.

Agradeço muitíssimo aos organizadores e a todos os autores, pelo generoso convite de apresentação deste livro, que servirá de estímulo

para novas pesquisas e novos leitores comprometidos com a defesa do consumidor no Brasil. Fica o profundo sentimento pelo mundo ao qual tive acesso, compartilhei, aprendi e alimentei minha alma: imensa alegria e gratidão.

Goiânia, maio de 2019.

Diógenes Faria de Carvalho
Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Doutorado em Psicologia (Economia Comportamental) pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC - GOIÁS). Mestrado em Direito Econômico pela Universidade de Franca (UNIFRAN). Professor Adjunto da Universidade Federal de Goias (UFG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás - (PUCGO), Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO) e Centro Universitário Alves Faria (UNIALFA). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás - UFG. Coordenador do curso de graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON) pelo biênio 2018/2020. Pesquisas e publicações acadêmicas com ênfase em Direito do Consumidor, abordando os seguintes temas: direito do consumidor, superendividamento do consumidor, psicologia do consumo e propriedade intelectual.

Apresentação

Claudia Lima Marques[3]

Instigante, original e frutuoso em teses para um direito privado mais efetivo e protetor das vítimas de danos e do meio ambiente, é assim que vejo este belo livro. É, pois, com muito prazer e honra que apresento o livro "Novos danos na pós-modernidade" organizado por dois grandes juristas, Gustavo Borges e Maurilio Casas Maia, que tem nos encantando com seus premiados trabalhos[4] na defesa dos vulneráveis no mercado brasileiro.

Com 19 artigos de ponta, de jovens e consolidados autores brasileiros, o livro trata com pertinência e ousadia de temas que dominam o cenário jurídico brasileiro, em especial, o direito civil, do consumidor, ambiental e processual atual. Ao apresentar seu conteúdo gostaria de refletir brevemente sobre a premissa, que visualizo na organização deste instigante livro: a sociedade contemporânea ou pós-moderna passa a reconhecer novos danos, juridicamente relevantes, pois há novos 'sujeitos', 'objetos/fatos ou 'direitos' a defender na sociedade globalizada de conhecimento, de produção e de consumo de massas, logo, sociedade de 'riscos e danos', ainda mais em um país emergente como o Brasil.

---

[3] Professora Titular de Direito Internacional Privado da UFRGS, Porto Alegre (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen. Diretora do Centro de Estudos Alemães e Europeus UFRGS-PUCRS-DAAD, Presidente do *Committee on International Protection of Consumers* da ILA (Londres), Ex-Presidente do Brasilcon (Brasília) e da ASADIP (Asunción). Pesquisadora Produtividade 1 A do CNPq.

[4] Veja o livro que recebeu o Prêmio Brasilcon, 2018, também organizado Gustavo Borges e Maurilio Casas Maia, *Dano temporal – O tempo como valor jurídico*, Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

Estes 'novos danos na pós-modernidade, são danos à pessoa, como os aqui tratados: dano informativo na era digital (artigo de Fernanda Nunes Barbosa) [5]; dano pela publicidade abusiva dirigida às crianças (artigo de Lúcia Souza d'Aquino)[6], dano existencial (artigo de Flaviana Rampazzo Soares[7] e artigo de Andrea Cristina Zanetti e Fernanda Tartuce[8]), '*Schockschaden*' ou dano de 'choque nervoso' (artigo de Guilherme Henrique Lima Reinig[9] e Rafael Peteffi da Silva[10]), dano afetivo (artigo de Dóris Ghilardi), dano sexual (Felipe Cunha de Almeida), dano médico

---

[5] Veja, dentre outras produções, BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo.* São Paulo: Ed. RT, 2008, O argumento da culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil da indústria do cigarro: proposta de reflexão, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 82/2012, p. 61 – 83, Abr - Jun / 2012 e Informação e consumo: a proteção da privacidade do consumidor no mercado contemporâneo da oferta, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 88/2013, p. 145 – 174, Jul - Ago / 2013 .

[6] Veja, dentre outras produções, D'AQUINO, Lúcia Souza. *Criança e publicidade – hipervulnerabilidade?* , Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

[7] Veja , dentre outras produções, SOARES, Flaviana Rampazzo. O dever de cuidado e a responsabilidade por defeitos, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 13/2017, p. 139 – 170, Out - Dez / 2017; Novas regras sobre o atendimento telefônico, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 68/2008, p. 91 – 107, Out - Dez / 2008 e com Adalberto Pasqualotto, Consumidor hipervulnerável, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 113/2017, p. 81 – 109, Set - Out / 2017.

[8] Veja, dentre outras produções, TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2012; Reflexões sobre a atuação de litigantes vulneráveis sem advogado nos Juizados Especiais Cíveis, in *Revista do Advogado*, vol. 127/2015, p. 41 – 52, Ago / 2015; e com Andréa Cristina Zanetti, A interpretação das cláusulas do contrato de adesão pelos princípios da boa-fé e equilíbrio nas relações de consumo, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 106/2016, p. 381 – 409, Jul - Ago / 2016.

[9] Veja , dentre outras produções, REINIG, Guilherme Henrique Lima, A teoria da causalidade adequada no Direito Civil alemão, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo,* vol. 18/2019, p. 215 - 248 | Jan - Mar / 2019; A responsabilidade do produtor por defeitos originários do âmbito de atividade do comerciante, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 89/2013, p. 109 – 139, Set - Out / 2013; O escopo de proteção da norma como critério limitativo da responsabilidade civil por ato ilícito: algumas contribuições ao direito civil brasileiro a partir do direito civil alemão, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14/2018, p. 237 – 309, Jan - Mar / 2018.

[10] Veja, dentre outras produções, SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance – Uma análise comparativa.* São Paulo: Atlas, 2007, e os artigos, Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 18/2019, p. 169 – 214, Jan - Mar / 2019; Punitive dammages, com Mark Pickersgill Walker e Guilherme Henrique Lima Reinig, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 115/2018, p. 169 – 204, Jan - Fev / 2018.

e hospitalar (Maurilio Casas Maia[11]), dano pelo nascimento 'indesejado' (Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira[12]), dano ambiental laboral (artigo de Valmir César Pozzetti e Adriana Carla Souza Cromwell) e danos a novos 'objetos/fatos' ou 'direitos' a proteger, como os aqui tratados danos: à 'chance' de reversão de uma situação danosa ou perda de uma chance (artigo de Rafael Peteffi da Silva); ao tempo perdido pelo consumidor na sociedade de consumo (artigo de Gustavo Borges[13] e Maurilio Casas Maia[14]); à privação de uso e de lucros cessantes (artigo de Bruno Augusto Sampaio Fuga), à desconexão/lazer na sociedade de consumo e no trabalho (artigo de Karen Rosendo de Almeida Leite), à moral coletiva ou dano moral coletivo (artigo de Fábio Schwartz[15]) e aos denominados, 'dano social hídrico' (artigo de Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho e Carla Cristina Alves Torquato Cavalcanti), 'danos causados pelos resíduos sólidos pós-consumo' (artigo de Bárbara Cordeiro Figliuolo e

---

[11] Veja, dentre outras produções, MAIA, Maurilio Casas Maia. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis, in *Revista de Direito do Consumidor,* vol. 101/2015, p. 351 – 383, Set - Out / 2015; O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro - é dignidade e liberdade, in *Revista de Direito do Consumidor* ,vol. 92/2014, p. 161 - 176, Mar - Abr / 2014: Telemedicina, prontuário eletrônico e atualização do código de defesa do consumidor – A tutela da hipervulnerabilidade eletrônica do paciente e de sua personalidade virtual, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 89/2013, p. 303 – 319, Set - Out / 2013.

[12] Veja, dentre outras produções, PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos, com Aline de Miranda Valverde Terra, Considerações acerca do estatuto jurídico do corpo humano, in *Revista dos Tribunais*, vol. 952/2015, p. 37 – 58, Fev / 2015.

[13] Veja, dentre outras produções, BORGES, Gustavo. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. Editora Atlas. São Paulo, 2014; Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 84, 2012, p. 13-44; O paciente, a sua percepção do tempo e o dano temporal, in *Revista de Direito do Consumidor* , vol. 110/2017, p. 187 – 209, Mar - Abr / 2017.

[14] Veja também sobre o tema, tese de doutorado, que tive a honra de orientar, na UFRGS, BERGSTEIN, Laís. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado*: o tratamento jurídico do tempo perdido e a superação das suas causas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

[15] Veja, dentre outras produções, SCHWARTZ, Fabio. *Direito do Consumidor – Tópicos & Controvérsias*. Niterói: Impetus, 2013 e 2017; O conceito de consumidor equiparado interpretado como forma de proteção ampla e gradual, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 109/2017, p. 351 – 366, Jan - Fev / 2017; A Súmula 381 do STJ e o Riso da Mulher Trácia, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 108/2016, p. 17 – 35, Nov - Dez / 2016.

José Roque Nunes Marques[16]), danos pelo 'tabelamento de preços' e por indevida 'intervenção estatal no domínio econômico' (artigo de Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho[17]), e dano processual ou 'ao jogo do processo' (artigo de Rafael Sirangelo de Abreu[18]).

Da pujança de teses e textos aqui tratados, permitam-me concentrar-me nos primeiros, os danos à pessoa,[19] pois, na minha opinião, a pós-modernidade é uma crise[20] que – como vemos hoje na política nacional – ataca em especial as pessoas e as 'humanidades', como ciência.

Neste sentido, relendo o curso geral de Erik Jayme, de 1995, observa-se que este grande jurista alemão é um dos poucos autores que constrói uma teoria positiva sobre a pós-modernidade, considerando os direitos humanos como o *Leitmotive* (linha-guia) de nosso tempo e que permitiriam dotar o sistema jurídico de uma unidade ou coerência restaurada.[21] Já Carlos Alberto Ghersi, saudoso jurista argentino, ao contrário, considera

---

16 Veja, dentre outras produções, MARQUES, José Roque Nunes Marques, Aspectos jurídicos do cultivo de vegetais geneticamente modificados no Brasil: as incertezas da sociedade moderna e a necessidade de produzir alimentos, in *Revista de Direito Ambiental*, vol. 79/2015,p. 309 – 332, Jul - Set / 2015.

17 Veja, dentre outras produções, RAMOS, Carlos Alberto de Moraes Filho, A intervenção do Estado no domínio econômico: limites e modalidades à luz do direito brasileiro, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas,* vol. 88/2009, p. 60 – 90, Set - Out / 2009; Remissão e anistia em matéria tributária - Determinação do conteúdo e alcance dos institutos à luz do direito positivo brasileiro, in *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, vol. 10, p. 1277 – 1298, Jul / 2014 e A natureza jurídica das imunidades tributárias, in *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, vol. 2, p. 461 – 475, Fev / 2011.

18 Veja, dentre outras produções, ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito.* São Paulo: Ed. RT, 2015.; Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do estado liberal ao estado social e a atualidade de sua discussão. *Revista de Processo*, vol. 39, n. 229, 2014, p. 89-120; "Customização processual compartilhada": o sistema de adaptabilidade do novo CPC, in *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil*, vol. 2/2018, p. 1369 – 1394.

19 Veja, por todos, a obra de BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Renovar: Rio de Janeiro 2003.

20 Assim SANTOS, Boaventura de Souza, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Ed. Graal: Rio de Janeiro, 1989, p. 11, traduz a palavra como 'relato', mas se poderia usar narrativas também. Porém, na pg. 3 afirma: "O saber científico é uma espécie de discurso."

21 Veja, por todos, JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne* - in: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, 1995, II, p. 33 e seg.

que a pós-modernidade nas ciências e seus reflexos na sociedade é uma crise e acaba por marginalizar os mais pobres e vulneráveis.[22]

A proteção da vítima de um dano, de um 'novo' dano a reconhecer em nossa sociedade cada vez mais liberal, parece ser uma das preocupações deste livro, se bem que mostre as posições contrárias. Erik Jayme afirma, em texto que tive a honra de traduzir:

> *A pós-modernidade vive de antinomias, de pares contrapostos: ela se define justamente através da modernidade, que ela não quer ser."* Se na modernidade havia segurança quanto aos discursos/narrativa[23] e verdades/paradigmas[24] universais, é certo que esta segurança não mais existe, e há uma pluralidade também no direito, que não pode mais ser menosprezada.[25] Erik Jayme procura dar uma visão positiva sobre os elementos da pós-modernidade, que observa no Direito: *"Apesar do perigo da arbitrariedade, é possível escolher algumas linhas e modelos de pensamento básico para este tema. Destes pensamentos básicos é de se destacar, em primeiro lugar, a pluralidade das formas de vida (pluralismo), em segundo, a narração como prazer na descrição e na informação (narração), ainda a fuga da categoria, do igual (Flucht aus der Kategorie, de Gamm), e, por último, o que o jusfilósofo Arthur Kaufmann denomina de "revival do irracional" (Wiederkunft des Irrationalen), o que se poderia de forma positiva compreender também como o "retorno dos sentimentos" (Rückkehr der Gefühle).*

Se na sociedade brasileira, há menos tolerância – pelo menos no Brasil político atual – quanto à visão do outro e ao pluralismo de visões,[26] este livro é um grande exemplo a seguir ao receber temas e autores de todos os matizes imbuídos de um espírito de ciência e solidez, que permeia todas as pesquisas aqui apresentadas. Parabenizem-se os organizadores

---

[22] GHERSI, Carlos Alberto. La posmodernidad jurídica los derechos de las personas bajo la línea de indigencia los criterios de reciprocidad e igualdades razonables: documento de debate, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, Outubro/2001, p. 37 e seg.

[23] Assim Lyotard, Jean-François. *A condição Pós-moderna*, trad. Ricardo Corrêa Barbosa, 5. Ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p. XV.

[24] Sobre a mudança para o chamado 'paradigma pós-moderno', veja a conclusão de BEST, Steven; KELLNER, Douglas. *Postmodern Turn*, Guilford: NY, 1997, p. 253 e seg.

[25] Veja a lição de AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. In *Revista de Direito do Consumidor* 33 (2000), p. 124 e seg.

[26] Veja a defesa de maior abertura de visões, JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do PPGD/UFRGS* 1, n. 1, p. 85-97, mar. 2003, p. 85 e seg.

e a editora por mais esta grande contribuição ao pensamento jurídico brasileiro. Nada mais atual do que tematizar a proteção da pessoa na sociedade de massa atual e seus 'novos' direitos a proteger, nada melhor - para enfrentar a crise de valores e de tolerância eu vivemos- do que uma profunda e inspirada obra como a que ora se apresenta. Desejo a todos, uma boa leitura!

Claudia Lima Marques
Professora Titular de Direito Internacional Privado da UFRGS, Porto Alegre (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen. Diretora do Centro de Estudos Alemães e Europeus UFRGS-PUCRS-DAAD, Presidente do *Committee on International Protection of Consumers* da ILA (Londres), Ex-Presidente do Brasilcon (Brasília) e da ASADIP (Asunción). Pesquisadora Produtividade 1 A do CNPq.

O dano informativo do consumidor na era digital:

uma abordagem a partir do reconhecimento do direito do consumidor como direito humano

Fernanda Nunes Barbosa[1]

1. O direito do consumidor como direito humano

O nascimento do direito do consumidor, como de todo direito dirigido à proteção (e promoção) de um determinado grupo social, surgiu da necessidade de se abordar questões próprias desta específica comunidade de vulneráveis. Na era moderna, em que um tipo especial de dinheiro chamado crédito entra em circulação de forma sistemática, a partir da crença de que os recurso disponíveis no futuro podem ser maiores do que os do presente, revolucionando a economia com o surgimento do capitalismo, consumidores são, ao lado dos trabalhadores, a coletividade cujo desamparo se mostra mais evidente.

Do século XVIII[2] para cá, o culto ao livre mercado vem ofuscando o inafastável papel do Estado de garantidor contra fraudes, violências e

---

[1] Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Graduação em Direito da FAPA/UniRitter e do Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter. Editora da Série *Pautas em Direito*/Editora Arquipélago. Advogada. E-mail: <fernanda@tjnb.adv.br>.

[2] No século XVIII, mais especificamente em 1776, é publicado aquele que é reconhecido como o manifesto econômico mais importante de todos os tempos: *A riqueza das nações*, de Adam Smith. O economista escocês buscou demonstrar que o lucro obtido por um proprietário pode ser benéfico a toda uma coletividade, negando a contradição até então sedimentada entre riqueza e moralidade, sob o argumento de que se os ricos reinvestem seus lucros na atividade produtiva, então todos ganham,

toda forma de abuso do poder econômico, quase se olvidando que a ascensão do capitalismo europeu durante o início da era moderna tem estreita relação com a ascensão do comércio de escravos no Atlântico. O capitalismo nasce - e se mantém -, portanto, atrelado à ideia de escravidão[3]. Afinal, quanto maiores os lucros, em tese, maiores as possibilidades de reinvestimento. Dentro dessa lógica, quanto menos custar a produção e quanto mais se puder lucrar na sua comercialização, melhor para o negócio. Nas duas pontas, garantindo a rentabilidade do capital, encontram-se o trabalhador e o consumidor. Escravos do mesmo senhor - o mercado - demandam por liberdade através dos tempos.

Falar em direito do consumidor como direito humano é reconhecer, antes de mais nada, o poder do mercado como limitador da liberdade de todo ser humano, que se encontra, invariavelmente, a ele submetido. Uma submissão que há muito deixou de ser passível de controle pelos próprios estados aos quais o consumidor está ligado por laços políticos. Não se esqueça que o fenômeno de concentração de poderes de Estado em mãos de grupos econômicos não é criação do capitalismo contemporâneo; ao contrário, está presente desde o nascente capitalismo, há cerca de 500 anos, como provam a história

---

seja por que serão abertos novos postos de trabalho, seja por que novas pesquisas poderão proporcionar descobertas relevantes para o desenvolvimento das sociedades sob diversas perspectivas. (HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcoantonio. 33 ed. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 315-343).

[3] O caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *contra* a República Federativa do Brasil, submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 15 de março de 2015, sob a acusação de prática de trabalho forçado e servidão por dívidas na referida Fazenda, situada no estado do Pará, é apenas um dos exemplos de trabalho escravo na contemporaneidade. O Estado brasileiro fora condenado - após ser a última nação do mundo a proibir legalmente a escravidão - por ter conhecimento da existência de tais práticas ainda em vigor no país e não adotar as medidas necessárias de prevenção e de resposta, nem oferecer a tutela judicial necessária aos trabalhadores e às suas famílias. O trâmite processual teve início com a petição apresentada pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e pelo Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de novembro de 1988. Após o exaurimento das vias administrativas, o procedimento perante a Corte teve início. Conforme consta da sentença, as denúncias quanto à ocorrência de graves violações dos direitos humanos na Fazenda Brasil Verde, uma fazenda de criação de gado de 8.544 hectares, tiveram início ainda no ano de 1988 perante a Polícia Federal do Brasil, e envolviam a prática de trabalho escravo, bem como o desaparecimento de dois jovens, de 16 e de 17 anos. Após quase 30 anos das primeiras denúncias, a Corte condenou o Estado brasileiro por sua omissão quanto às reiteradas e comprovadas práticas ilícitas. Veja-se em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em 10.07.2018.

colonial do arquipélago da Indonésia e de cidades norte-americanas como Nova York (no passado, Nova Amsterdã) e Nova Orleans, que já foram controladas (governadas) por sociedades empresárias de capital aberto[4].

A falta de liberdade encolhe a alma. Alma que, mais do que uma palavra de conotação religiosa, significa, para autores como Rabindranath Tagore[5], a capacidade de pensar e de imaginar que nos torna humanos e que torna nossas relações humanas e não meramente utilitárias e mercantis. Liberdade política e liberdade econômica não são suficientes para produzir a liberdade que caracteriza nossa humanidade. E esta, mais do que qualquer outra, é a liberdade que deve ser promovida por estados democráticos sólidos, nos termos do art. 1° da DUDH de 1948[6]. Se por um lado a democracia se baseia no respeito a cada pessoa, por outro o modelo de crescimento econômico em vigor só respeita o conjunto[7].

Embora a liberdade seja um dos direitos mais caros à humanidade, outros também são considerados de fundamental pertinência nesse enquadramento do direito do consumidor como direito humano. Se é verdade que: "Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição" e que: "Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania." (art. 2° da DUDH), como justificar discriminações

---

4 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcoantonio. 33 ed. Porto Alegre: L&PM, 2018, p. 331-335.

5 "Embora faça uso dos [bens materiais], o homem tem de tomar cuidado para se proteger da [sua] tirania. Se ele for fraco o bastante e se apequenar a fim de se adequar a sua cobertura, então isso se torna um processo gradual de suicídio por meio do encolhimento da alma". Rabindranath Tagore *apud* NUSSBAUM, Martha. C. *Sem fins lucrativos:* por que a democracia precisa das humanidades? Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 3.

6 Art. 1°: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."

7 NUSSBAUM, Martha. C. *Sem fins lucrativos:* por que a democracia precisa das humanidades? Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 24.

de consumidores ao redor do mundo apenas pelo fato de sua origem nacional, como se tem visto em casos de *geo-blocking*?[8]

O recente processo de universalização e de internacionalização dos direitos humanos tem sido lento e penoso[9]. No âmbito nacional, por sua vez, a promoção dos grupos vulnerados no atual cenário tecno-sócio--econômico funciona como forma de concretização e efetivação desses direitos[10], que operam precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos, buscando obter não um equilíbrio abstrato entre as partes, mas sim remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades[11]. Ao estabelecer,

---

8 "Os direitos humanos têm um rosto de duas faces que está voltado tanto para o direito como para a moral. Apesar de seu conteúdo moral, têm a forma de direitos jurídicos. Como normas morais referem-se a todo aquele que 'tenha um rosto humano', mas como normas jurídicas apenas protegem as pessoas na medida em que pertençam a uma determinada comunidade jurídica, em geral os cidadãos de um Estado nacional. Desta forma, existe uma peculiar tensão entre o sentido universal dos direitos humanos e as condições locais de sua realização: devem ter uma validade ilimitada para todas as pessoas; mas como se pode obtê-la? Podemos representar a extensão universal dos direitos humanos da seguinte forma: todos os Estados existentes transformam-se em Estados democráticos de direito – não apenas nominalmente –, enquanto cada indivíduo dá a si próprio o direito de escolher sua nacionalidade. Evidentemente estamos muito longe de alcançar esse objetivo. Uma alternativa poderia consistir em que cada um, como cidadão do mundo, obtivesse um direto e efetivo desfrute dos direitos humanos. Neste sentido, o artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas remete a uma ordem global 'em que os direitos e liberdades estabelecidos nesta declaração sejam completamente realizados'. No entanto, sabemos que está longe de ser alcançado o objetivo de um direito cosmopolita efetivamente institucionalizado." (HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes e Gisele Cittadino. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013, p. 6-7. Disponível em: <http://civilistica.com/sobre-legitimacao/>. Acesso em 10 jan. 2019).

9 Sua importância para a evolução jurídico-positiva de tais direitos, no entanto, é inegável, sob a ótica da fundamentação, uma vez que facilitou o acolhimento de seu caráter universal e supraestatal, justificando a positivação na ordem interna sem o auxílio de concepções *iusnaturalistas*. (GARCIA, Emerson. Proteção internacional dos direitos humanos: breves reflexões sobre o sistema convencional e não convencional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 52)

10 "A interdisciplinaridade das diversas áreas do Direito deve ser aplicada, valendo-se o cidadão do Código de Defesa do Consumidor como instrumento capaz também de assegurar a não violação de direitos humanos de segunda e terceira dimensões". (EFING, Antônio Carlos; SCARPETTA, Juliano. O direito do consumidor no Brasil e a concretização dos direitos humanos. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, a. 3, v. 6, jul./dez. 2015, p. 136-160, p. 153).

11 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto [Apresentação]. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. XXXIX-XLI.

em seu art. 1°, que o presente Código contém "normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social", o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o potencial nocivo das relações de troca econômica num mundo eminentemente capitalista no contexto do desenvolvimento individual da pessoa humana, mormente da pessoa humana em desenvolvimento (a criança), porquanto não se pode negar que "as crianças estejam exercendo funções que sustentam o modelo econômico capitalista, mesmo que não seja em troca de remuneração"[12]. Os enunciados normativos[13] da Lei n° 8.078/90, repise-se, dirigem-se à *proteção e defesa do consumidor* (sujeito) e não da relação intersubjetiva consumidor - fornecedor em razão de um produto ou serviço. Ainda que se trate de um grupo (os consumidores), a proteção primordial do CDC dirige-se à pessoa humana (singular) do consumidor, cuja dignidade é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1°, III, da CF/88)[14]. É preciso reforçar essa perspectiva a todo instante, por mais óbvia que ela pareça. Olhar para a pessoa humana (conceito que não encontra oposição) por trás do consumidor (a quem se opõe o conceito de fornecedor) é a forma mais singela de se evidenciar a incidência dos direitos humanos nas relações de consumo, para além de toda construção teórica - a qual não se está desprezando - acerca das distintas dimensões dos direitos humanos, que reconhece como direito de terceira dimensão os direitos difusos, nos

---

[12] SOUZA, Solange Jobim e. Por uma crítica dos modos de subjetivação na cultura do consumo: crianças e adultos em ação. In: FONTENELLE, Lais (Org.). *Criança e Consumo*: 10 anos de transformação. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 201-213, esp. 207.

[13] Faz-se sempre importante destacar a distinção entre *norma* e *artigo de lei* (*enunciado normativo, disposição legislativa etc.*), na medida em que aquela é sempre fruto da sua colocação no âmbito do sistema, dentro do qual ela exerce uma função, mudando de significado com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento. "O problema da clareza de um texto legislativo não tem sentido se for circunscrito ao primeiro impacto da 'pré-compreensão', isto é, ao se delinear da primeira leitura e, portanto, de uma sumária interpretação; a qualificação de clareza atribuível a um texto legislativo tem sentido, ao contrário, quando for o resultado, um *posterius*, da sua interpretação." (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 617-622, esp. 622). Ainda conforme Perlingieri, "antes da interpretação não há fatos e normas, mas eventos e disposições". Assim à pág. 652.

[14] "[...] a rigor, o ponto de apoio (de legitimidade) dos direitos fundamentais, em que se procura localizar o direito do consumidor, é o princípio da dignidade da pessoa humana". (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 43, p.111- 132, jul./set. 2002. p.116).

quais se encaixa o direito do consumidor. Até porque, é preciso que se diga, nem todas as formas de consumo têm reflexos nos direitos humanos, seja pela atuação significativamente livre e igualitária do consumidor em questão, seja "porque muitas delas [formas de consumo] são de produtos e serviços supérfluos e que prezam somente pela ostentação ou até mesmo difundem o consumismo desmedido"[15].

O que se quer defender é que o consumidor pode encontrar proteção efetiva e exclusiva nos instrumentos jurídicos de direitos humanos, embora nem toda violação a um direito do consumidor constitua, *ipso facto*, uma violação de direitos humanos. Tal fica ainda mais claro se pensarmos na pessoa jurídica. Essa, detentora que é, inclusive, da proteção (e não da titularidade) conferida à pessoa humana a alguns direitos da personalidade (art. 52 do CCb), também pode ser reconhecida, excepcionalmente, como consumidora. Nem por isso, todavia, a ela é dirigida a proteção conferida pelos direitos humanos, sob pena de se ter uma evidente contradição em termos[16].

O sistema positivo de proteção internacional dos direitos humanos contemporâneo, por meio de seus diversos instrumentos de âmbito global e regional, atribui ao indivíduo *status* de sujeito de direito internacional e a negação de seus direitos implica não só a responsabilização dos agentes perpetradores da violação no plano nacional, mas do próprio Estado, no âmbito internacional, quando suas instituições se mostram omissas ou

---

[15] EFING, Antônio Carlos; SCARPETTA, Juliano. O direito do consumidor no Brasil e a concretização dos direitos humanos. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, a. 3, v. 6, jul./dez. 2015, p. 136-160, p. 158.

[16] O fato de a pessoa jurídica poder ser vítima de danos não-patrimoniais, quando, por exemplo, a instituição não visar lucro ou ela for atacada em aspectos não avaliáveis economicamente, não é justificativa para o reconhecimento da titularidade de direitos incompatíveis com a sua conformação, ou seja, inerentes à pessoa natural. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 191. Para uma crítica acerca dos equívocos doutrinários e jurisprudenciais que levam ao reconhecimento de direitos fundamentais às pessoas jurídicas pela simples análise da subjetividade jurídica, sem uma análise das razões que determinam a personificação do ser humano e os motivos presentes na atribuição de personalidade jurídica às sociedades, associações e fundações, veja-se Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri. Conforme o autor: "Nota-se nessa operação um silogismo: se a pessoa jurídica pode ser considerada um sujeito para o Direito, assim como ocorre com a pessoa natural, então aquela deveria receber a mesma tutela desta." (NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, an. 5, n. 2, 2016. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/12/Negri-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf. Acesso em: 06. dez. 2018, p. 12).

falhas em sua tarefa tutelar[17].[18] Direitos cuja forma mais atual de afirmação, nas palavras de Luhmann, poderia ser, simultaneamente, a mais original (mais natural), ou seja: "Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos, na medida em que são descumpridos. Assim como frequentemente as expectativas tornam-se conscientes por meio de sua frustração, assim também as normas frequentemente pela ofensa a elas."[19] E segue: "A situação de frustração conduz nos sistemas que processam informações à reconstrução de seu próprio passado, ao processamento recorrente, com resgate e apreensão do que no momento for relevante. Parece que a *atualização dos direitos humanos*, hoje, utiliza-se em nível mundial primariamente deste mecanismo. (g.n.)"[20]

2. O direito à informação (do consumidor) como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro

Contemporaneamente, na chamada pós-modernidade[21] ou modernidade tardia, na qual a pluralidade e a diferença são características

[17] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7-8.

[18] Veja-se, dentre outros, no âmbito da saúde, o estudo de Edilene Mendonça Bernardes e Carla Aparecida Arena Ventura. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os casos de violação dos direitos humanos relacionados à saúde envolvendo o Brasil no período 2003-2010. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 107-128, janeiro/junho de 2013.

[19] LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. *Revista Themis*. Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 153-161, 2000, p. 158.

[20] LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. *Revista Themis*. Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 153-161, 2000, p. 158.

[21] Em análise da globalização na pós-modernidade como fenômeno ideológico, social e econômico, veja-se, do início dos anos 2000: GHERSI, Carlos Alberto. Globalización y derecho de daños: los derechos constitucionales incumplidos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 47, p. 9-18, jul./set. 2003. Importantes considerações também são feitas por JAYME, Erk. O Direito Internacional Privado no Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 85-97, mar. 2003, p. 86. Em palavras do autor: "Em verdade, a globalização é caracterizada pelo fato de os Estados não serem mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana. Os Estados estão cedendo grande parte de seus poderes aos mercados. As regras da concorrência determinam a vida e o comportamento dos seres humanos. A existência de um mercado global permite fusões de grandes empresas, resultando em um poder econômico gigantesco, que deixa aberta a questão da proteção do

reconhecidas, a comunicação passa a ser um aspecto extremamente relevante, surgindo como uma necessidade de toda pessoa e significando, além disso, a sua integração numa verdadeira *sociedade sem fronteiras*[22]. Em síntese, a ideia de comunicação faz referência a um complexo processo que se estabelece entre os sujeitos e que implica transmissão e apreensão de uma informação determinada.

No âmbito do direito do consumidor, o art. 3°, inc. *c.*, da Resolução n° 39/248, de 10 de abril de 1985, da Organização das Nações Unidas (ONU)[23] estabelece como um dos "princípios gerais" da proteção do consumidor o acesso à adequada informação, a fim de capacitá-lo à tomada de decisões informadas e de acordo com suas aspirações individuais e suas necessidades[24]. Passados mais de 30 anos desde a paradigmática Resolução, a necessidade de comunicação entre as pessoas e a assimilação da importância da informação para o processo de tomada de decisão aumentaram exponencialmente, como se pode ver, dentre outros inúmeros casos, pelo que se verifica no fato do turismo. Há, atualmente, um reconhecimento da relevância do consumidor turista como sujeito a ser protegido em escala internacional - o que em larga medida se deu com a criação de mercados comuns ao redor do Globo - considerando, além de outras dificuldades, aquelas enfrentadas em razão da diferença de idioma (o chamado risco linguístico) e do desconhecimento das leis do lugar e dos locais onde reclamar. A temática da proteção internacional do consumidor turista foi, também por isso, incluída na agenda de trabalho da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, com o objetivo de criar-se um instrumento (convenção) internacional para proteger o

---

indivíduo que gostaria de manter seu posto de trabalho, proteção tradicionalmente fornecida pelo Estado. Para preencher este vazio legal, os juristas reclamam a criação de um sistema mundial de proteção contra as práticas anti-concorrência.".

[22] JAYME, Erik. Identité Culturelle et Integration: le droit international. *Recueil des Cours,* Hague, n. 251, 1995, p. 257.

[23] Disponível em: http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/resolução-da-organização-das-nações-unidas-onu-n°-39248-de-16-de-abril-de-1985-em-inglês o texto da resolução em Inglês. Acesso em 10 jan. 2019.

[24] No original, leia-se: "GUIDELINES FOR CONSUMER PROTECTION: I. Objectives. 1. (...). II. General principles. 2. (...). 3. The legitimate needs which the guidelines are intended to meet are the following: (...). (c) Access of consumers to adequate information to enable them to make informed choices according to individual wishes and needs; (...)." Disponível em: http://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm. Acesso em 10 jan. 2019.

consumidor em suas viagens transfronteiriças, a partir da unificação progressiva das normas de direito internacional privado[25].

Em âmbito nacional, o direito à informação previsto no Código de Defesa do Consumidor - e em uma série de leis que a ele se seguiram[26] -, bem como na Constituição Federal de 1988 (art. 5°, inc. XIV, c/c art. 5°, inc. XXXII, e 170, inc.V)[27] é reconhecido como um direito fundamental, cujo dever correspondente atinge a todos os participantes da cadeia produtiva (arts. 7° e 25, § 1°, do CDC) indistintamente, o que exige maior diligência dos agentes envolvidos desde o processo de concepção até a comercialização do produto ou prestação do serviço. Se assim não fosse, em muito restaria diminuída a proteção do consumidor em um mercado no qual as tarefas estão, a cada dia, mais e mais setorizadas, com a especialização e a atribuição compartimentada de responsabilidades entre os agentes produtivos e a possibilidade de tomada de decisão, inclusive, por agentes não humanos.

Pensemos aqui nas questões tecnológicas que afetam os mais vulneráveis, dentre os quais se encontram crianças e adolescentes. Brinquedos de toda espécie sempre buscaram mexer com o imaginário infantil. Não por acaso, com o desenvolvimento da respectiva indústria e a compreen-

---

[25] Veja-se em: MARQUES, Claudia Lima. Esforços para incluir o tema da proteção do turista na Agenda de Trabalho da Conferência de Haia e a proposta brasileira de "Convenção de Cooperação em Matéria de Proteção dos Visitantes e Turistas Estrangeiros". *Revista de Direito do Consumidor*, v. 90, nov./dez. 2013, p. 39-65.

[26] A exemplo da Lei n° 13.111/2015.Veja-se comentário à referida Lei em: BARBOSA, Fernanda Nunes. Lei n° 13.111/2015, que dispõe sobre a obrigação de informar de empresários que comercializem veículos automotores, novos ou usados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, p. 557-560, 2015.

[27] No que se refere ao direito à informação específica do consumidor, a Constituição brasileira não foi tão clara quanto a Constituição argentina, porquanto esta trata da matéria de forma expressa, dispondo, em seu art. 42, que: "Os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, na relação de consumo, à proteção de sua saúde, segurança e interesse econômico; a uma informação adequada e veraz; à liberdade de eleição e a condições de trato eqüitativo e digno". Refere Gabriel Stiglitz que a necessidade de incorporar um reconhecimento expresso na Constituição Nacional se justificou com particular interesse pelo fato de a lei especial ter se omitido da enunciação dos direitos essenciais dos consumidores em seu texto. (STIGLITZ, Gabriel. *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*. Rosario: Juris, 1997, p. 19). A importância desse dispositivo é indiscutível, pois expressamente concede ao Direito do Consumidor, e especialmente ao seu direito à informação, *status* constitucional, o que dá ainda mais força à normativa específica da Lei n° 24.240, que, embora silente acerca dos direitos essenciais do consumidor, expressamente dispôs acerca do seu caráter de lei de ordem pública.

são crescente de que tal grupo de hipervulneráveis precisa ser protegido, uma série de normativas (códigos, leis ordinárias, resoluções, portarias etc.) vêm sendo, ao menos desde 1988, editadas com o fim de aumentar o nível de proteção a ele conferido, a exemplo da importante Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), de abril de 2014, que dispôs sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente[28]. Mas o que a era digital trouxe de novos - e ainda mais graves- perigos?

---

[28] Destacam-se os arts. 2° e 3° da Resolução, *in verbis*: "Art. 2° Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos: I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; III - representação de criança; IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;V - personagens ou apresentadores infantis;VI - desenho animado ou de animação;VII - bonecos ou similares;VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil. [...]" E: "Art. 3° São princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente, além daqueles previstos na Constituição Federal, na Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, os seguintes: I - respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais; II - atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento; III - não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior; IV - não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;V - não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço;VI - não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular de qualquer forma atividades ilegais. VII - não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;VIII - a qualquer forma de degradação do meio ambiente; e IX - primar por uma apresentação verdadeira do produto ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina." Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1635.html#resolucao_163. Acesso em 05. jan. 2019. Sobre a constitucionalidade da referida Resolução, veja-se o parecer de Bruno Nubens Barbosa Miragem, encomendado pelo Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, sob o título *A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)* e disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alana/parecer_prof_bruno_miragem_01_08_2014.pdf. Acesso em 20 de dez. 2018.

Em 2014 foi lançada a boneca *Cayla,* uma boneca que possui um sistema de reconhecimento por voz que permite a crianças interagirem com ela, fazendo, inclusive, perguntas ao brinquedo, que irá respondê-las após acessar sistemas *online* como o Google e a Wikipedia[29]. Os perigos de um brinquedo com tal potencialidade são inúmeros, que passam pela privacidade[30] do ambiente doméstico e chegam ao centro da psique infantil. Nesse sentido, um dos princípios do Conselho de Pesquisa em Engenharia e Ciências Físicas (EPSRC), principal órgão de financiamento para pesquisa em engenharia e ciências físicas do Reino Unido, indica que robôs não devem ser feitos de uma forma que gere dúvida para explorar as vulnerabilidades de seus usuários, devendo, a sua natureza, ser transparente. A preocupação da EPSRC é com sociedades empresárias que utilizem robôs com a ilusão de terem emoções para ganharem ainda mais dinheiro[31], criando-se uma confusão entre realidade e fantasia, o que é um perigo à psique - e um evidente dano informativo -, em especial quando se trata de crianças e adolescentes. Afinal, a partir de qual idade a pessoa começa a ter a noção da realidade, podendo separar fatos e imaginação?[32]

No Brasil, embora seja preciso, para se chegar à conclusão de que o direito à informação do consumidor está previsto no texto constitucional pátrio, realizar uma interpretação conjunta dos dispositivos da Carta Política - tendo em vista a inexistência de disposição específica que assim discipline - em nada se encontra diminuída a garantia alcançada pelos consumidores. Isso porque, ainda que não se encontre explicitado, via interpretação sistemática pode-se dizer, sem constrangimentos, que seria um

---

[29] Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/02/23/Qual-%-C3%A9-o-problema-e-o-debate-por-tr%C3%A1s-da-boneca-espi%C3%A3. Acesso em 05 de dez. 2018.

[30] A Constituição Federal de 1988 protege o direito à privacidade, na qual se encontra inserida a proteção aos dados pessoais, seja no ambiente físico, seja no ambiente digital, assim como o faz o ordenamento infraconstitucional, especialmente por meio do Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor, do Marco Civil da Internet e da recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei n 13.790/2018).

[31] DIEHL, Gabriela Fogaça. O surgimento do direito robótico e o entendimento da ONU: Quem deverá ser responsabilizado se uma operação militar falhar? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-surgimento-do-direito-robotico-e-o-entendimento-da-onu-10122018. Acesso em 11.12.2018.

[32] SODRÉ, Marcelo Gomes. Duas palavrinhas: uma ausente, outra presente. In: FONTENELLE, Lais (Org.). *Criança e Consumo*: 10 anos de transformação. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 298-317, esp. 309.

princípio implícito da Carta Política, uma vez que é de natureza fundamental para a defesa do consumidor contemporâneo[33]. Por outro lado, porque o direito à informação permite, por via inversa, a proteção de outros direitos fundamentais como vida, saúde e privacidade.[34] Assim, quem fornece um produto ou um serviço que ofereça perigo a esses valores deve informar adequadamente a todas as pessoas que tenham, em potencial, contato com ele, como ocorre em relação aos deveres de informar no direito médico[35].

Paulo Luiz Netto Lôbo traz à discussão os questionamentos que já se fizeram quanto à natureza dos direitos fundamentais, na medida em que envolvem a proteção de um particular (o consumidor) frente a outro particular (o fornecedor), sendo que tal eficácia não seria, historicamente, conferida aos direitos fundamentais, atribuíveis a todos indistintamente e não "a um contra outros"[36]. Salienta, no entanto, não se sustentar esse questionamento, senão na ambivalência exclusiva dos direitos de primeira geração, na exata medida em que a regulação da ordem econômica na Constituição vai além da limitação ao poder político como sujeito passivo do dever decorrente. Em suma, o fornecedor, detentor do poder econômico, assume idêntica situação passiva ante o direito fundamental, antes apenas reservada aos titulares do poder político[37].

---

[33] Assim LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Informação como Direito Fundamental do Consumidor.* Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 01 out. 2001, p. 6. Ainda a respeito da consideração acerca de princípios explícitos e implícitos, Netto Lôbo salienta que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem declarado a inconstitucionalidade de leis que sejam incompatíveis com determinados princípios implícitos, como o da proporcionalidade ou o da razoabilidade.

[34] No mesmo sentido afirmam MALFATTI, Alexandre David. *O Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003, p. 93-97 e FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Interpretação da Proibição da Publicidade Enganosa ou Abusiva à Luz do Princípio da Boa-Fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 4, p. 173-191, 1993. Assevera Fradera a imposição de um "dever de informar" do fabricante, criado, na maioria dos códigos de defesa do consumidor, com a finalidade precípua de proteger a vida, a saúde e os bens do contratante mais débil (p. 174).

[35] Ver, no tópico, MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais,* n° 827, p. 11-48, set. 2004, p. 22 et. seq. e PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente:* o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, *passim.*

[36] A respeito do tema, ver a importante doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direito Fundamentais.* 8.ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[37] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Informação como Direito Fundamental do Consumidor.* Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 01 out. 2001, p. 5.

O reconhecimento da informação como um direito fundamental denota que seus efeitos não se restringem à ordem privada dos sujeitos, mas irradiam-se para o campo indisponível da cidadania ativa, segundo uma concepção contemporânea que não a vê somente no exercício do direito oponível ao Estado, mas em face do poder econômico[38]. José Geraldo Brito Filomeno[39], ao tratar do consumidor "cidadão" (enfoque político) leciona que a cidadania não significa apenas a qualidade daquele que detém direitos políticos, mas de quem participa das decisões procurando transformar uma realidade. Com base nessa afirmação, sustenta ainda o despropósito do veto presidencial ao inc. IX do art. 6° do CDC, o qual propugnava ser direito básico dos consumidores "a participação e consulta na formulação das políticas que os afetam diretamente, e a representação de seus interesses por intermédio das entidades públicas ou privadas de defesa do consumidor"[40].

Com efeito, outra não poderia ser a conclusão, na medida em que o consumidor é, antes de tudo, pessoa humana, e como tal não pode ser considerado apenas na sua esfera econômica. Tal conclusão encontra suporte diretamente nas transformações verificadas no Estado contemporâneo – transformações essas de índole tanto social como econômica - [41], a partir do que a informação passou a ser vista como valor, e a vontade como elemento material da atuação dos sujeitos. De fundamental relevância nesse contexto apresenta-se o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado, com o reconhecimento da centralidade do ordenamento jurídico nas Constituições, das quais emanam os princípios que irão reger todo o conjunto normativo, e a teoria do diálogo das fontes, tendo em vista a consideração de que a nova realidade social exigia a

---

[38] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Informação como Direito Fundamental do Consumidor*. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 01 out. 2001, p. 1.

[39] FILOMENO, Geraldo Brito. Consumidor e Cidadania: agente político e econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.10, n. 40, p. 261-265, out./dez. 2001, p. 263.

[40] O veto assim se justificava: o dispositivo contraria o princípio da democracia representativa ao assegurar, de forma ampla, o direito de participação na formulação das políticas que afetam diretamente o consumidor. O exercício do poder pelo voto faz-se por intermédio de representantes legitimamente eleitos, excetuadas as situações previstas expressamente na Constituição (CF, art. 61, par. 2°). Ibidem, p. 263.

[41] Referidas mudanças é que acarretaram o surgimento da assim denominada "Sociedade da informação". Veja interessante artigo de MATTELART, Armand. A Era da Informação: gênese de uma denominação descontrolada. Tradução Francisco Rüdiger. Revista Famecos: mídia, cultura e tecnologia, Porto Alegre, n 15, p. 7-23, ago. 2001.

aceitação de uma pluralidade de fontes dentro do ordenamento jurídico, que, antes de se anularem, se complementam.

Ricardo Luis Lorenzetti aponta que, em diversos temas, dentre os quais o meio ambiente, a defesa do consumidor, a tecnologia da informação e a privacidade há uma cultura jurídica de cunho latino-americano. Em nossa região, afirma, "há uma forte tendência para a proteção dos bens públicos e o reconhecimento dos direitos humanos e o respeito pela aplicação direta dos tratados internacionais[42], tudo o que resulta em um ativismo judicial intenso"[43]. Nesse sentido, aponta o doutrinador e integrante da Suprema Corte argentina, que um fato relevante é a incorporação dessas questões no atual Código Civil argentino do qual foi um dos redatores. Na lei argentina, a interpretação das questões de ordem privada passa pelos direitos humanos, conforme dispõem, expressamente, os artigos inaugurais do Código Civil da República Argentina de 2015: "Art. 1° - *Fuentes y aplicación*. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho." E: "Art. 2°- *Interpretación*. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento."

---

[42] No Brasil, em 2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu destaque aos tratados de direitos humanos, qualificando-os como normas supralegais, no julgamento do RE n° 466.343/SP. Assim, caso um tratado de direitos humanos seja contrário à Constituição Federal, ainda será possível declarar-se a sua inconstitucionalidade, hipótese em que o país continuará vinculado na ordem internacional, mas o tratado não poderá ser aplicado internamente. O pleno do STF decidiu, no entanto, que se o tratado de direitos humanos for aprovado pelo rito simples (antes ou depois da Emenda Constitucional 45/2004) sua hierarquia será supralegal, mas se o tratado de direitos humanos for aprovado pelo rito congressual especial, do art. 5°, § 3°, da CF, sua hierarquia é de emenda à Constituição Federal. (VEDOVATO, Luis Renato. A relação entre direito interno e direito internacional: os impactos no cotidiano jurídico brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 9, n. 1, 2015, p. 154-164).

[43] LORENZETTI, Ricardo Luis. A arte de fazer justiça: a intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina. Trad. María Laura Delaloye. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

Se, por um lado, o direito do consumidor pode ser reconhecido como direito humano e como direito fundamental, é por meio da legislação infraconstitucional, em especial do CDC, que os instrumentos necessários para a sua efetivação são desenvolvidos no Brasil[44]. A tutela jurídica da informação nas relações de consumo aparece presente em mais de duas dezenas de artigos do Código, sendo o dano informativo prevenido - e reprimido - tanto de forma direta como de forma indireta, consoante adiante se verá.

3. O dano informativo em face das novas tecnologias

A complexidade do mercado de consumo nos leva a algumas questões curiosas, como a ocorrida em outubro de 2018 na venda do quadro "Menina com Balão", do misterioso artista inglês Banksy. Vendido em um leilão na Sotheby's por cerca de 1 milhão de libras, a obra parcialmente se autodestruiu logo após ser arrematada, em razão de um sistema implantado pelo artista na moldura do quadro, para espanto de todos os presentes, que não haviam sido informados de que tal fato aconteceria[45]. O comprador ou compradora, portanto, arrematou uma dada obra de arte, mas ao final, levou outra.

Sem dúvida, trata-se de hipótese fática de relação de consumo na qual a informação não foi plenamente repassada aos potenciais consumidores na fase da oferta. E nem poderia, já que a obra ofertada era, em essência,

---

[44] Raciocínio de certa forma semelhante foi explicitado por Micaela Fernandes e Marcos Gonçalves ao tratarem do tema da proteção das pessoas com deficiência, *in verbis*: "Se, de um lado, é relevantíssimo o fato de ter sido a Convenção [de Nova York sobre o Direitos das Pessoas com Deficiência] incorporada com status constitucional no ordenamento brasileiro, permitindo a construção interpretativa das normas infraconstitucionais a partir da sua *ratio*, é certo que seus impactos concretos só se fizeram sentir com a aprovação da já mencionada Lei n° 13.156/2015 (designada Estatuto da Pessoa com Deficiência ou, simplesmente, EPD), que criou no plano infraconstitucional os instrumentos necessários para efetivação dos seus propósitos." (FERNANDES, Micaela Barros Barcelos; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Curatela: da estrutura formal binária à construção funcional da autonomia e da dignidade. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Teoria Geral do Direito Civil*: questões controvertidas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 39-65, esp. p. 45).

[45] Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-foi-o-direito-da-arte-em-2018-24122018e https://www.culturagenial.com/obras-banksy/ e https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2018/10/18/banksy-diz-que-obra-menina-com-balao-deveria-ter-sido-destruida-totalmente.ghtml. Acesso em 28.12.2018.

a criação de uma outra obra de arte ao vivo - "Love is in the Bin" ("O Amor está no Lixo") - que continuou a ter o mesmo valor monetário do original somado, agora, ao seu valor cultural. Neste caso, a compradora ou comprador anônimo manteve seu interesse na aquisição, afirmando que acabara de adquirir "um pedaço da história da arte"[46].

O caso relatado para abrir este tópico serve-nos apenas de exemplo de como problemas aparentemente singelos podem se tornar complexos, como o aqui examinado dever de informar e o dano informativo. No caso da compra da obra de arte, parece claro que a informação completa sobre o produto a ser adquirido em leilão não poderia ser repassada, sob pena de, em o sendo, o produto perder aquilo que o qualificava e o caracterizava de forma concreta. Dito de outro modo: ao se informar completamente o que se estava ofertando, a oferta deixaria de ser verdadeira em relação ao produto ofertado.

O exemplo acima, em que a informação não era conhecida ou cognoscível nem sequer do vendedor, e sua ausência fazia parte do próprio contexto e essência do produto (obra de arte) ofertado, não se confunde, todavia, com o que se verifica na atualidade em uma série de questões complexas relativas às novas tecnologias. Neste breve espaço que nos cabe não trataremos das questões da informação aqui chamada, arbitrariamente, de tradicional. Trataremos, pois, de novas formas de violação do já nem tão novo dever de informar.

No processo de comunicação, no qual se insere nosso objeto de análise (a informação), novos problemas surgem não só em razão do abismo informativo criado pelo crescente avanço tecnológico e científico, o qual gradativamente eleva o grau de complexidade e especialidade de produtos e serviços postos à disposição no mercado, mas com a inserção, na relação de consumo, de um potencial "novo partícipe". Se os problemas de comunicação já eram significativos entre agentes humanos[47], o que se dirá daqueles que serão enfrentados na comunicação entre agentes humanos e agentes não humanos?

---

[46] Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-foi-o-direito-da-arte-em-2018-24122018e https://www.culturagenial.com/obras-banksy/. Acesso em 28.12.2018.

[47] Niremberg menciona que os problemas de comunicação originam-se de duas fontes: no fato de sermos humanos e em esquecermos que os outros também o são. (NIREMBERG, Jeffe F. *Psicologia da Comunicação.* Trad. Leonidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1981, p. 15). No plano da semiótica, Barthes sinala que o significado não é uma "coisa", senão uma representação psíquica da "coisa". (BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia.* Trad. Izidoro Blikstein. São Paulo: Editora Cultrix, 1992, p. 46).

No mercado contemporâneo, em que não só a Internet das Coisas (IoT), mas a própria Inteligência Artificial (IA) já são uma realidade, como determinar o cumprimento de um dever (e a consequente responsabilidade pelo seu inadimplemento) - como o de informar - quando sequer o enquadramento da IA como produto ou serviço mostra-se ainda compreendido pela comunidade acadêmica? Pense-se, em especial, no emprego de programas de Inteligência Artificial que fazem uso de mecanismos de aprendizagem de máquinas (*machine learning*), nos quais a própria natureza do *software* envolve a intenção de desenvolver uma atuação não previsível, sendo conhecida apenas no momento em que o programa entrar em contato com dados e eventos disponíveis nos sistemas com os quais irá interagir[48]. Sem a previsibilidade de atuação destes produtos/serviços (reconhecidos, inclusive, como *agentes*), como prestar ao consumidor informação adequada e clara, com especificação correta de características e riscos que apresentem de forma antecipada (art. 6° do CDC)?[49]

Mais do que nunca, o tema do dever de informar na sociedade tecnológica ganha força, não podendo ser compreendido sem a devida conexão com o valor da confiança. Não uma confiança baseada apenas sobre o que é declarado, mas uma confiança sobre o que é concebido e produzido, isto é, sobre o que é criado e fornecido, com a devida especificação de seus riscos, inclusive e especialmente sobre aqueles que decorrem de sua configuração tecnológica (é preciso informar - alertar - também sobre aquilo que não se sabe). Conforme defende Eduardo Magrani, "tão importante quanto trabalhar no desenvolvimento dessas

[48] MAGRANI, Eduardo. *Entre Dados e Robôs*: Perspectivas Regulatórias para o Mundo da Hiperconectividade, p. 232 (no prelo).

[49] Conforme MAGRANI: "Pelo fato do comportamento de uma AI não ser totalmente previsível e seu comportamento ser o resultado da interação entre diversos agentes humanos e não-humanos que compõem o sistema sociotécnico e até mesmo de processos de *self-learning*, pode ser extremamente difícil encontrar o nexo causal entre o dano gerado e a ação de um ser humano ou pessoa jurídica. Pelo arcabouço jurídico que temos hoje, isso pode levar a uma situação de "irresponsabilidade distribuída" (denominação atribuída no presente trabalho para se referir ao possível efeito decorrente da falta de identificação do nexo causal entre a conduta do agente e o dano produzido) entre os diferentes actantes envolvidos no processo. Isso ocorrerá principalmente quando o dano ocorrer dentro de um complexo sistema sociotécnico, no qual não será óbvia a responsabilidade da Coisa inteligente em si, nem de uma pessoa física ou jurídica." (MAGRANI, Eduardo. *Entre Dados e Robôs*: Perspectivas Regulatórias para o Mundo da Hiperconectividade, p. 233 (no prelo)).

novas tecnologias é discutir e estabelecer fundamentos éticos mínimos para regular o que se busca produzir"[50].

Por outro lado, na economia digital, é de vulgar conhecimento que a atenção do consumidor é tida hoje como seu maior ativo. O foco está em fisgá-lo, o que se faz por meio de uma série de estratégias publicitárias. É preciso, pois, retomar o sentido de informação não publicitária, para o que contribui lembrarmos a todo instante da importância do princípio da identificação da publicidade contido no art. 36 do CDC. Isso porque um dos maiores *danos informativos* na era tecnológica pode ser justamente reconhecido como a ausência de uma informação dissociada de intenção negocial. Se de fato um dos maiores ativos da nova economia é a atenção do consumidor - que, por ser pessoa humana, tem limitada essa capacidade - não surpreende que o fornecedor dela se valha de modo a otimizar seus ganhos. E, via de consequência, empurrar o consumidor para uma situação cada vez mais frequente de endividamento por sucumbir à pressão negocial de uma sociedade (não apenas de uma economia[51]) na qual o mercado detém o controle de toda ordem de decisão. Esta atenção é disputada a todo instante na Internet, especialmente por influenciadores de redes sociais e mídias digitais. Ainda que pareça apenas conteúdo, é preciso que se diga que o respectivo canal contém (ou é) publicidade, devendo a linguagem utilizada levar em conta o público alvo. Vejamos o caso da boneca Lol.

Trata-se de brinquedo que vem dentro de uma esfera de plástico e, para que se tenha acesso a ele e a seus acessórios, a criança precisa livrar-se de várias etapas de embalagem. A estratégia de marketing da referida indústria foi a produção de vídeos gravados por Youtubers crianças e adolescentes ("youtubers mirins"), utilizando-se de uma prática chamada "unboxing", em que se filma a abertura da embalagem de um produto novo, desvendando suas qualidades e exaltando suas particularidades. Debate-se nesse caso as implicações no público infantil de um conteúdo que promove marcas e produtos sem regulação, em um ambiente que mistura entretenimento, informação e publicidade sem limites claros. A questão central é: em qual momento a informação é prestada, se tudo vira publicidade?

---

[50] MAGRANI, Eduardo. *Entre Dados e Robôs*: Perspectivas Regulatórias para o Mundo da Hiperconectividade, p. 235-236 (no prelo).

[51] SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, *passim*.

E há ainda uma terceira e igualmente grave forma de dano informativo, já antes mencionado, e que de certa forma se aproxima da hipótese acima narrada, ao apontar a falta de clareza entre fronteiras como o fato jurídico violador do dever de informar. É por essa razão que um dos cinco princípios da robótica do já mencionado Conselho de Pesquisa em Engenharia e Ciências Físicas do Reino Unido é assertivo ao afirmar que robôs não devem ser feitos de forma que gere dúvida sobre a sua condição[52]. A preocupação da EPSRC, que reúne especialistas dos setores de tecnologia, indústria, artes, direito e ciências sociais, é de que as sociedades empresárias utilizem robôs com a ilusão de terem emoções com o fim último de ganharem ainda mais dinheiro[53]. Ao criar confusão entre realidade e fantasia, os danos à psique (em especial das pessoas mais vulneráveis) são, a um só tempo, evidentes e imensuráveis. No Brasil, tal hipótese resulta em violação de diversos direitos básicos do art. 6° do CDC, a saber: "I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos"; "III - a informação adequada e

---

[52] No original: "Robots are manufactured artefacts. They should not be designed in a deceptive way to exploit vulnerable users; instead their machine nature should be transparent." Nos comentários a esse princípio, o Conselho destaca: "One of the great promises of robotics is that robot toys may give pleasure, comfort and even a form of companionship to people who are not able to care for pets, whether due to rules of their homes, physical capacity, time or money. However, once a user becomes attached to such a toy, it would be possible for manufacturers to claim the robot has needs or desires that could unfairly cost the owners or their families more money. The legal version of this rule was designed to say that although it is permissible and even sometimes desirable for a robot to sometimes give the impression of real intelligence, anyone who owns or interacts with a robot should be able to find out what it really is and perhaps what it was really manufactured to do. Robot intelligence is artificial, and we thought that the best way to protect consumers was to remind them of that by guaranteeing a way for them to "lift the curtain" (to use the metaphor from The Wizard of Oz). This was the most difficult law to express clearly and we spent a great deal of time debating the phrasing used. Achieving it in practice will need still more thought. Should all robots have visible bar-codes or similar? Should the user or owner (e.g. a parent who buys a robot for a child) always be able to look up a database or register where the robot's functionality is specified? See also rule 5 below." Disponível em: https://epsrc.ukri.org/research/ourportfolio/themes/engineering/activities/principlesofrobotics/. Acesso em 10 jan. 2019.

[53] Aliás, o que pode ser aplicado para robôs militares também, conforme bem aponta: DIEHL, Gabriela Fogaça. O surgimento do direito robótico e o entendimento da ONU: Quem deverá ser responsabilizado se uma operação militar falhar? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-surgimento-do-direito-robotico-e-o-entendimento-da-onu-10122018. Acesso em 11.12.2018.

clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem"; "IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços"; e "VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos". Isso, apenas, para ficar nos direitos básicos.

4. A violação do dever de informar nas relações de consumo e o dano perpetrado

A violação do dever de informar nas relações de consumo pode gerar danos tanto de ordem patrimonial como não patrimonial. Os danos extrapatrimoniais, dada a primazia dos bens jurídicos que, uma vez violados, dão azo à sua ocorrência, mostram-se mais relevantes, na medida em que é a tutela da própria pessoa humana que se encontra em risco. Conforme sustenta Maria Celina Bodin de Moraes, "toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado"[54]. Independentemente da lesão a algum direito subjetivo da vítima ou causação de prejuízo, "a simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um 'interesse não patrimonial') em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação"[55]. Por tal razão, esse será o foco do presente tópico.

Nos casos acima narrados, verifica-se que o dano informativo[56] decorre da ausência da informação, seja por que *i.* ela é *desconhecida* do fornecedor

---

[54] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188.

[55] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana:* uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 188.

[56] Pablo Malheiros da Cunha Frota aponta que, em defesa de sua tese de doutorado na Universidade Federal do Paraná, Paulo Luiz Netto Lôbo apontou, como exemplo de responsabilidade civil sem dano, dentre outros, o "prover informação". Malheiros, no entanto, entende não haver necessidade de uma tal perspectiva, "já que a responsabilidade por danos é pressuposta, no sentido de ser anterior à concretização do dano, e açambarca os danos potenciais, visíveis, invisíveis, previsíveis, prováveis e improváveis,

(nos casos em que a imprevisibilidade é característica do próprio produto ou serviço, como nos casos de IA); *ii.* ela é, propositadamente, *solapada* pelo fornecedor (nos casos em que a atenção do consumidor é, pelo uso de diversas técnicas de marketing, direcionada totalmente para o conteúdo publicitário); *iii.* ela é, propositadamente, *desconfigurada* pelo fornecedor (nos casos em que se cria uma confusão entre realidade e fantasia, aproveitando-se, em especial, da vulnerabilidade de alguns grupos de pessoas). Em todas essas hipótese, verifica-se um dano à pessoa, uma vez que não lhe é dado o efetivo direito de escolha (o que compromete sua liberdade) na medida em que a informação completa, precisa e veraz lhe é impossibilitada pelo discurso do fornecedor (ou do mercado, de modo mais amplo). Tem-se aí, independentemente de qualquer outro dano de ordem patrimonial ou mesmo extrapatrimonial verificado concretamente, um dano tão somente pela violação de um direito básico do consumidor (à informação)[57] enquanto grupo (interesse difuso)[58], passível, por sua vez, de responsabilidade (administrativa, civil ou criminal) de forma coletiva e/ ou individual, conforme se concretize (ou não) uma relação de consumo entre um fornecedor e um consumidor determinado[59].

O dano informativo também pode gerar ao consumidor violação à pessoa na forma de desrespeito ao subprincípio da igualdade[60]. Assim ocorre, por exemplo, nos casos de *geo-blocking* e *geo-pricing*[61]. Essas práticas

---

concretos e atuais, conferindo a cada um deles uma adequada tutela - de precaução, de prevenção (ex.: CDC, art. 84; CPC/73, art. 461) e (ou) de reparação." (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade.* Curitiba: Juruá, 2014, p. 225-228). O que ora defendemos é que, em qualquer caso, o dano é concreto e decorre da própria ausência da informação.

[57] Art. 6°, III, do CDC.

[58] Art. 81 do CDC e seguintes.

[59] É de se ressaltar que "a tutela e a promoção da pessoa não atuam sempre com a mesma intensidade e em virtude da mesma situação subjetiva: o mesmo interesse – pense-se no interesse à saúde, da integridade psicofísica ao serviço sanitário e à salubridade do ambiente – se realiza segundo o paradigma ora do direito subjetivo, ora do interesse legítimo". (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 679).

[60] Completariam o rol dos subprincípios que conformam o princípio da dignidade da pessoa humana: a liberdade, a solidariedade e a integridade psicofísica. Assim em: BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, esp. p. 86-106.

[61] O *geo-blocking* consiste no bloqueio da oferta com base na origem geográfica do consumidor, ao passo que o *geo-pricing,* na precificação diferenciada da oferta con-

abusivas[62] levadas a efeito por fornecedores de produtos e serviços ao redor do mundo[63] partem da discriminação entre consumidores em razão de sua origem (geodiscriminação), e acabam por gerar limitação ao livre trânsito de pessoas, com repercussão em outros direitos e garantias fundamentais, como o direito ao lazer e à cultura, sem falar do fortalecimento de preconceitos[64] como resultado indireto, já que o convívio com diferentes indivíduos, grupos e culturas ainda se mostra a sua melhor forma de combate.

Quando se trata do princípio jurídico da igualdade, Roger Raupp Rios destaca que duas podem ser as abordagens: uma tradicional e mais estática, que passa pela compreensão do conteúdo jurídico da isonomia,

---

forme a origem geográfica do consumidor. Ambas as práticas abusivas podem ser realizadas seja por meio da codificação do algoritmo de processamento das ofertas, seja por meio da disponibilização de uma ferramenta na plataforma digital das pessoas jurídicas dos setores interessados, no caso concreto o setor hoteleiro. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20180207-05.pdf. Acesso em 07 de dez. 2018.

[62] "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...); II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; (...);V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; (...); IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços; (...)."

[63] Na União Europeia, o Regulamento (UE) 2018/302 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de fevereiro de 2018, visa prevenir o bloqueio geográfico injustificado e outras formas de discriminação baseadas na nacionalidade, no local de residência ou no local de estabelecimento dos clientes no mercado interno, e altera os Regulamentos (CE) n.º 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/content/news/geo-blocking-regulation-enters-into-force.html?locale=pt. Acesso em 07 dez. 2018.

[64] "Por preconceito, designam-se as percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções". (RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 15). Para uma reflexão crítica sobre o preconceito dirigido à juventude (crianças, adolescentes e jovens adultos) marginalizada pela elite econômica brasileira em razão de sua condição social (e racial), que busca afastar dos templos do consumo, os *shopping centers*, este "exército de jovens bárbaros", veja-se: CATALAN, Marcos. Defendam Jerusalém! O rolezinho e a fragmentação do direito nos tribunais brasileiros. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2017, vol. 9, n. 16, Jan.-Jun. p. 71-84. Disponível em: http://abdconst.com.br/revista17/DefendamMarcos.pdf. Acesso em 28 de jan. 2019.

para, logo em seguida, submeter o caso concreto à decisão; outra mais dinâmica, atenta para as formas pelas quais o fenômeno discriminatório opera, abordando, assim, o princípio da igualdade como proibição de discriminação. Essa segunda abordagem, que nos parece a mais adequada, dá ensejo ao surgimento de um campo de conhecimento próprio denominado "direito da antidiscriminação"[65].

Ainda conforme Rios, com base nos documentos internacionais que tratam da eliminação de toda forma de discriminação e na CF/88, discriminação é "'*qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública'. Distinção, exclusão, restrição* ou *preferência* são termos que almejam alcançar todas as formas de prejudicar indivíduos ou grupos por meio de distinções ilegítimas no gozo e exercício de direitos».[66]

No Brasil, o Ministério Público do estado do Rio de Janeiro ajuizou, em setembro de 2018, Ação Civil Pública contra a sociedade empresária Decolar.com por violar, "de maneira grave", o direito brasileiro, ao se utilizar de tecnologia da informação para, ativamente, discriminar consumidores com base em sua origem geográfica e/ou nacionalidade, manipulando as ofertas de hospedagem por meio da alteração do preço e da disponibilidade de ofertas conforme a origem do consumidor[67]. Anos antes, em 2000, a Amazon.com também realizara o mesmo tipo de prática abusiva ao cobrar preços diferentes pelos mesmos produtos apenas com base no critério geográfico. Nesse caso, a a Amazon.com devolveu o dinheiro aos consumidores e se comprometeu a não voltar a usar dados geográficos para construir sua política de preços[68].

Na ação ajuizada pelo MPRJ um item foi dedicado à questão da "discriminação entre consumidores", constando que a não discriminação constitui direito básico do consumidor, nos termos do art. 6°, II, na

---

[65] RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, *passim*.

[66] RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 20-21 (grifos no original).

[67] Confira-se a íntegra da petição inicial em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20180207-05.pdf. Acesso em 07 dez. 2018.

[68] Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/2/art20180207-05.pdf. Acesso em 07 dez. 2018.

forma de liberdade de escolha e igualdade nas contratações, bem como que o direito à informação (também direito básico do art. 6°) é violado toda vez que se atribui preços distintos para o mesmo item, conforme previsão expressa do art. 9° do Decreto n° 5.903/2006[69]. Em relação especificamente ao meio digital, também destacou o MPRJ a relevância da proteção conferida pelo Marco Civil da Internet (Lei n° 12.965/2014) que, em seu art. 7°, assegura como direito do usuário, dentre outros, a informação e a proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: "a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet". No caso específico desta demanda, consoante destacou o Ministério Público, "os consumidores não foram informados sobre o fato de que a informação relativa à localização geográfica seria utilizada para a precificação de serviços, nem para a disponibilização e bloqueio de ofertas". Além disso, jamais os consumidores foram alertados de que seriam captadas informações relativas ao seu IP através dos 'cookies' para a realização das referidas práticas, como veio a ocorrer durantes as Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016.

No caso dos danos informativos (mas não apenas em relação a eles) decorrentes da IA, defendemos aqui que - como temos sustentado em uma série de casos[70] - torna-se de grande relevância a criação de um sistema de seguro ou de fundo compensatório, como o proposto pelo Parlamento Europeu, com o objetivo de criar um sistema de proteção para o emprego de máquinas inteligentes. A proposta do Parlamento europeu passa pela atribuição de uma personalidade (eletrônica) às Coisas inteligentes, e apresenta uma resposta rápida e eficaz para o problema da "irresponsabilidade distribuída"[71], que ocorre quando não se encontra

[69] "Art. 9°. Configuram infrações ao direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, sujeitando o infrator às penalidades previstas na Lei n° 8.078, de 1990, as seguintes condutas: (...).VII - atribuir preços distintos para o mesmo item; e (...)."

[70] Assim, por exemplo, em: BARBOSA, Fernanda Nunes. O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal: desenvolvimento e atualidades. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 349-379.

[71] Segundo MAGRANI, esse fenômeno jurídico é também denominado por outros autores como "*problem of the many hands*" ou "*accountability gap*". (MAGRANI, Eduardo. *Entre Dados e Robôs*: Perspectivas Regulatórias para o Mundo da Hiperconectividade, p. 242 (no prelo)).

uma conexão clara entre um agente e o dano gerado[72]. Considerando a primazia da vítima no contexto da responsabilidade civil, esta solução nos parece salutar, embora seja certo que muito ainda há para se discutir neste tema.

Nos demais casos do que aqui exemplificamos como dano informativo, em que a informação é solapada ou desconfigurada pelo fornecedor, a responsabilidade civil (sem falar da responsabilidade administrativa e, eventualmente, criminal) do fornecedor decorre da própria ausência da informação, com danos à esfera existencial da pessoa do consumidor, que se vê violado em direitos fundamentais e humanos como a liberdade e a igualdade (de forma direta) com reflexo em outras liberdades, direitos e garantias (de forma indireta), a depender do caso.

5. Considerações finais

Considerando a proposta de tratarmos, neste breve estudo, sobre o dano informativo do consumidor na era digital, entendemos indispensável, antes de mais nada, situar nossa abordagem a partir do reconhecimento do direito do consumidor como direito humano, uma vez que toda sua construção passa pelo reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa humana no mercado, cujo poder, na atualidade, supera o dos Estados nacionais. Conforme insistimos, é preciso reforçar cotidianamente tal perspectiva, dirigindo nossa atenção para a pessoa humana

---

[72] MAGRANI, Eduardo. *Entre Dados e Robôs*: Perspectivas Regulatórias para o Mundo da Hiperconectividade, p. 239-242 (no prelo). Conforme MAGRANI: "Ainda é uma questão em aberto o tipo de seguro que deve ser aplicado ao caso de robôs inteligentes e quais agentes e instituições deveriam arcar com esse ônus. O relatório recente da União Europeia (2015/2103(INL)) editou recomendações sobre o assunto, propondo não apenas um registro obrigatório, como também a criação de seguros e fundos. Segundo o parlamento europeu, os seguros poderiam ser assumidos tanto pelo consumidor, quanto pela empresa, em um modelo similar àqueles utilizados pelos seguros de automóveis que existem atualmente. Já o fundo poderia ser geral (para todos os robôs autônomos) ou individual (para cada categoria de robô), composto por taxas pagas no momento de colocação da máquina em mercado, e/ou contribuições pagas periodicamente durante todo o tempo de vida dos robôs. Vale ressaltar que, nesse caso, as empresas seriam responsáveis por arcar com esse ônus. Apesar dessa proposta, entretanto, o tópico continua em debate aberto, comportando novas alternativas e modelos mais interessantes – como fundos privados, registros específicos, dentre outras possibilidades -, que não serão objeto de análise profunda nesta tese." (p. 243) Veja-se: Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em: 25 mai. 2017.

por trás do consumidor e para as renovadas formas de violação a que é submetida a pessoa humana quando a lógica capitalista é sustentada sem as devidas limitações.

Defendemos, assim, que o direito à informação do consumidor deve ser visto como um direito humano e um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, com aprofundamento de seu foco nos perigos que sua ausência traz diante dos constantes avanços tecnológicos (e criativos) da era digital, com potencialidade de danos informativos gradativamente mais lesivos, seja por conta dos interesses juridicamente protegidos que acabam afrontados, seja por conta do enorme contingente de pessoas atingida.

Referências

BARBOSA, Fernanda Nunes. Lei nº 13.111/2015, que dispõe sobre a obrigação de informar de empresários que comercializem veículos automotores, novos ou usados. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, p. 557-560, 2015.

______. O seguro de responsabilidade civil do profissional liberal: desenvolvimento e atualidades. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (Coord.). *Responsabilidade civil de profissionais liberais*. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 349-379.

BARTHES, Roland. *Elementos de Semiologia*. Trad. Izidoro Blikstein. São Paulo: Editora Cultrix, 1992.

BERNARDES, Edilene Mendonça; VENTURA, Carla Aparecida Arena. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os casos de violação dos direitos humanos relacionados à saúde envolvendo o Brasil no período 2003-2010. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 107-128, janeiro/junho de 2013.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

______. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto [Apresentação]. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional.* São Paulo: Saraiva, 2010.

CATALAN, Marcos. Defendam Jerusalém! O rolezinho e a fragmentação do direito nos tribunais brasileiros. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional.* Curitiba, 2017, vol. 9, n. 16, Jan.-Jun. p. 71-84.

CIDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *versus* República Federativa do Brasil (sentença). Julgamento: 15 de março de 2015. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf. Acesso em 10.07.2018.

DIEHL, Gabriela Fogaça. O surgimento do direito robótico e o entendimento da ONU: Quem deverá ser responsabilizado se uma operação militar falhar? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-surgimento-do-direito-robotico-e-o-entendimento-da-o-nu-10122018. Acesso em 11.12.2018.

EFING, Antônio Carlos; SCARPETTA, Juliano. O direito do consumidor no Brasil e a concretização dos direitos humanos. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, a. 3, n. 6, jul./dez. 2015, p. 136-160.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Curatela: da estrutura formal binária à construção funcional da autonomia e da dignidade. In: TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Teoria Geral do Direito Civil*: questões controvertidas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 39-65.

FILOMENO, Geraldo Brito. Consumidor e Cidadania: agente político e econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.10, n. 40, p. 261-265, out./dez. 2001.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A Interpretação da Proibição da Publicidade Enganosa ou Abusiva à Luz do Princípio da Boa-Fé: o dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 4, p. 173-191, 1993.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexo de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

GARCIA, Emerson. Proteção internacional dos direitos humanos: breves reflexões sobre o sistema convencional e não convencional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GHERSI, Carlos Alberto. Globalización y derecho de daños: los derechos constitucionales incumplidos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 47, p. 9-18, jul./set. 2003.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes e Gisele Cittadino. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 1, jan.-mar./2013. Disponível em: http://civilistica.com/sobre-legitimacao/. Acesso em 10 jan. 2019.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens:* uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marcoantonio. 33 ed. Porto Alegre: L&PM, 2018.

JAYME, Erik. Identité Culturelle et Integration: le droit international. *Recueil des Cours,* Hague, n. 251, 1995.

______. O Direito Internacional Privado no Novo Milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir. /UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 85-97, mar. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A Informação como Direito Fundamental do Consumidor*. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 01 out. 2001.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *A arte de fazer justiça*: a intimidade dos casos mais difíceis da Corte Suprema da Argentina. Trad. María Laura Delaloye. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. *Revista Themis*. Fortaleza, v. 3, n. 1, p. 153-161, 2000.

MALFATTI, Alexandre David. *O Direito de Informação no Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Alfabeto Jurídico, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais,* n° 827, p. 11-48, set. 2004.

__________. Esforços para incluir o tema da proteção do turista na Agenda de Trabalho da Conferência de Haia e a proposta brasileira de "Convenção de Cooperação em Matéria de Proteção dos Visitantes e Turistas Estrangeiros". *Revista de Direito do Consumidor*, v. 90, nov./dez. 2013, p. 39-65.

MAGRANI, Eduardo. *Entre Dados e Robôs*: Perspectivas Regulatórias para o Mundo da Hiperconectividade (no prelo).

MATTELART, Armand. A Era da Informação: gênese de uma denominação descontrolada. Tradução Francisco Rüdiger. *Revista Famecos*: mídia, cultura e tecnologia, Porto Alegre, n 15, p. 7-23, ago. 2001.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda).* Parecer encomendado pelo Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alana/parecer_prof_bruno_miragem_01_08_2014.pdf. Acesso em 20 de dez. 2018.

__________. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43, p. 111, julho/2002.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. As razões da pessoa jurídica e a expropriação da subjetividade. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, an. 5, n. 2, 2016. Disponível em: http://civilistica.com/wp-content/uplo-

ads/2016/12/Negri-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf. Acesso em: 06. dez. 2018.

NIREMBERG, Jeffe F. *Psicologia da Comunicação*. Trad. Leonidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Ibrasa, 1981.

NUSSBAUM, Martha. C. *Sem fins lucrativos:* por que a democracia precisa das humanidades? Trad. Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente:* o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional.* Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional.* São Paulo: Saraiva, 2010.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado.* Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

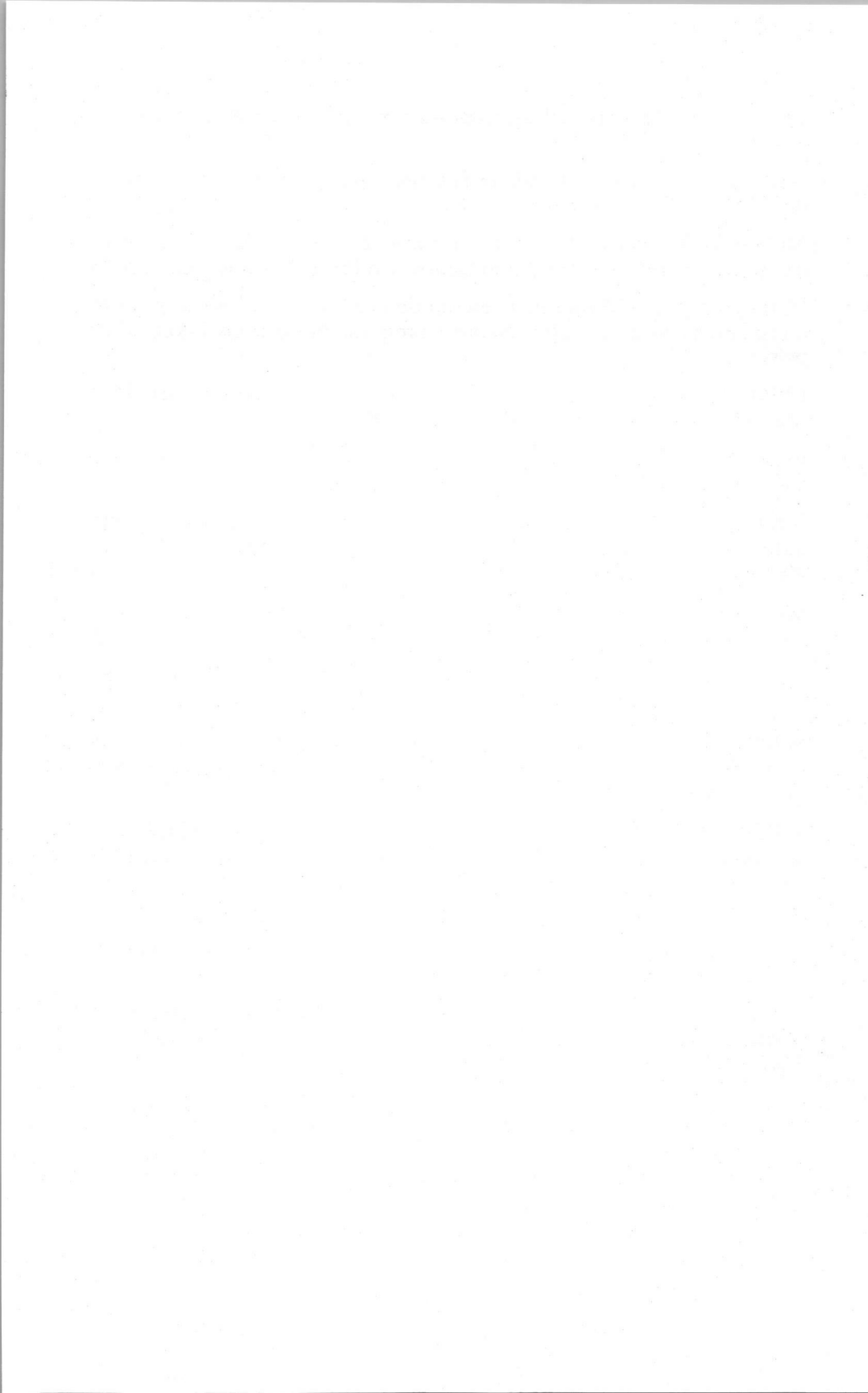
SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A Eficácia dos Direito Fundamentais*. 8.ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SODRÉ, Marcelo Gomes. Duas palavrinhas: uma ausente, outra presente. In: FONTENELLE, Lais (Org.). *Criança e Consumo*: 10 anos de transformação. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 298-317.

SOUZA, Solange Jobim e. Por uma crítica dos modos de subjetivação na cultura do consumo: crianças e adultos em ação. In: FONTENELLE, Lais (Org.). *Criança e Consumo*: 10 anos de transformação. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 201-213.

STIGLITZ, Gabriel. *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios.* Rosario: Juris, 1997.

VEDOVATO, Luis Renato. A relação entre direito interno e direito internacional: os impactos no cotidiano jurídico brasileiro. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 9, n. 1, 2015, p. 154-164.

2

A responsabilidade decorrente da publicidade abusiva:

um novo tipo de dano?

Lúcia Souza d'Aquino[1]

1. Introdução

Quando se fala em responsabilidade civil, um dos primeiros requisitos que se perquire é a existência de dano: ele é a centralidade da responsabilidade civil[2], "a ponto de muitos estudiosos sugerirem, inclusive, uma alteração da própria denominação da disciplina que concentra o universo de relações a ela atinentes, passando a se referir à existência de um direito de danos." (MIRAGEM, 2015, p. 155)

Tradicionalmente, a noção de dano está ligada a uma perda ou lesão a patrimônio. A doutrina é pacífica ao reconhecer basicamente dois tipos de danos: o dano patrimonial, decorrente de lesão a bens materiais, e o dano extrapatrimonial, geralmente denominado moral, decorrente de uma lesão a bem não patrimonial.

Entretanto, a doutrina da Responsabilidade Civil tem reconhecido nos últimos anos danos que, em que pese não sejam patrimoniais, têm se destacado da categoria de danos morais, nascendo o que tem se denominado novos danos.

---

[1] Mestre e doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Europeu dos Contratos e de Consumo pela Université Savoie-Mont Blanc. Professora convidada do Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS. Advogada. E-mail: <luciasdaquino@gmail.com>.

[2] Parmi les éléments constitutifs de la responsabilité civile, le préjudice est celui dont l'existence soulève le moins de discussions. La jurisprudence est unanime à déclarer qu'il ne peut y avoir de responsabilité sans un dommage et l'immense majorité de la doctrine se contente d'enregistrer la règle. Cette condition apparaît, en effet, comme étant de l'essence de la responsabilité civile. Puisqu'il s'agit de réparer, encore faut-il qu'il y ait quelque chose à réparer. (MAZEAUD; MAZEAUD, 1947, p. 229.)

A sociedade de consumo atual é baseada e fomentada principalmente pela publicidade (MARQUES, 2016, p. 814), que exerce suas funções (MIRAGEM, 2016a, p. 265) de forma ostensiva. Quando direcionada ao público infantil, movimenta milhões e desperta controvérsia. Para melhor compreensão do tema, é necessário explicitar os conceitos de comunicação mercadológica, publicidade e propaganda, no âmbito do Direito do Consumidor.

Doutrinariamente, a comunicação mercadológica é definida como

> a produção simbólica decorrente do plano estratégico de uma organização em sua interação com o mercado, constitui-se em uma mensagem multidirecional elaborada com conteúdos relevantes e compartilhados entre todos os envolvidos nesse processo, tendo como fator gerador as ambiências socioculturais e tecnológicas dos seus públicos de interesse e dos meios que lhe garantam o relacionamento contínuo, utilizando-se das mais variadas formas e tecnologias para atingir os objetivos comunicacionais previstos no plano. (GALINDO, 2012, p. 96)

Já a Resolução n. 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente define, em seu art. 1°, comunicação mercadológica como "toda e qualquer atividade de comunicação comercial, inclusive publicidade, para a divulgação de produtos, serviços, marcas e empresas independentemente do suporte, da mídia ou do meio utilizado", abrangendo, "dentre outras ferramentas, anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações e disposição dos produtos nos pontos de vendas".[3]

Portanto, entende-se que por comunicação mercadológica se tem o conjunto de técnicas, incluindo a publicidade, com a finalidade de se comunicar com o mercado e atrair o consumidor.

A publicidade, por sua vez, é definida pela doutrina como "o ato de comunicação, de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmago de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços." (NUNES JÚNIOR, 2001, p. 22-23) Seu conceito possui dois elementos nucleares: a finalidade de influenciar o público

---

[3] BRASIL. Resolução n. 163 de 13/03/2014. *Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

e o favorecimento, direto ou indireto, de produtos ou serviços. (PASQUALOTTO, 1997, p. 25)

O art. 2º da Diretiva 84/450/CE sobre publicidade enganosa define publicidade como "qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações".

A publicidade cumpre, assim, 5 tarefas: 1) chamar a atenção; 2) despertar o interesse; 3) estimular o desejo; 4) criar convicção; e 5) induzir à ação. (VERSTERGAARD; SCHRODER, 2000, p. 47 ss)

Ocorre que, quando tais tarefas são direcionadas ao público infantil, são levantados questionamentos a respeito de sua licitude e das consequências de tal direcionamento, tendo em vista a controvérsia existente a respeito da compreensão – ou da falta dela – do conteúdo persuasivo por parte dos pequenos.

Assim, o presente trabalho pretende analisar as consequências do direcionamento da publicidade às crianças e, de posse de tais fundamentos e dos requisitos legais para a caracterização da responsabilidade civil, debater a possibilidade da caracterização de um tipo de dano específico, diverso dos danos materiais e morais ora existentes.

2. O Dano na Responsabilidade Civil

Não há convergência doutrinária a respeito das características do dano indenizável. Miragem (2015, p. 155 ss) e Sanseverino (2010) abordam a certeza, imediatidade e injustiça do dano para sua definição.

O dano injusto é aquele decorrente de "conduta antijurídica mediante interferência indevida no patrimônio jurídico alheio". (MIRAGEM, 2015, p. 155) Além disso, deve ser certo, não se apresentando como hipótese, "como mera realidade futura condicional", e atual, existente quando do exercício da pretensão indenizatória. Entretanto, como bem ressalta Miragem, "não há que se excluir *a priori* o dano futuro, quando for demonstrado que ele efetivamente ocorrerá, como consequência do ilícito". (MIRAGEM, 2015, p. 160)

Assim, tradicionalmente o dano que gera o dever de indenizar deve ser certo, não somente uma mera suposição. No contexto do presente trabalho, a fim de debater a responsabilidade decorrente da publicidade abusiva, deve-se debater primeiramente o conceito de abuso, a fim de verificar se tal prática se enquadra no caso ora analisado.

3. O Abuso no Direito Privado

3.1. O art. 187 do Código Civil e o conceito de abuso

O século XVIII presenciou o ápice do individualismo e liberalismo jurídicos, em que os sujeitos agiam conforme sua vontade, como expressão de sua liberdade individual, utilizando seus direitos sem limitação, sob a égide do "*neminem laedit qui iuse suo utitur*". (AMARAL, 2003, p. 209)

Entretanto, com a ascensão dos ideais que levaram a uma visão mais social do direito, surgiu também a ideia de que o exercício do direito não é ilimitado, devendo observar princípios que evitassem eventuais abusos.

Um precedente imediato da teoria do abuso do direito surgiu com teorias a respeito da ilicitude dos atos de emulação, que eram aqueles praticados com o objetivo de prejudicar terceiro, mesmo que sem trazer qualquer vantagem àquele que praticasse os atos. Sua ocorrência era frequente nas relações de vizinhança, dando origem à necessidade de limitar o exercício dos direitos através da finalidade social e econômica, visualizando-se o início da ideia de relatividade e função social dos direitos subjetivos. (AMARAL, 2003, p. 209)

A primeira decisão noticiada pela doutrina data de 1855, quando um vizinho construiu uma chaminé falsa para tampar a vista de seu vizinho. A determinação judicial foi pela demolição da chaminé e o ressarcimento ao prejudicado[4].

No ano seguinte, o Tribunal de Lyon condenou proprietário que adaptou a fonte de água uma bomba cujo jarro diminuiu em 2/3 o rendimento de fonte em terreno contíguo. A água não era utilizada, e sim escoada para um rio, o que acabou acarretando o reconhecimento de que o proprietário havia abusado de seu direito de propriedade com a finalidade exclusiva de causar dano. (FERREIRA, 2006, p. 42)

Tais decisões indicam que a teoria do abuso do direito esteve conectada em seu surgimento com um germe da função social da propriedade, eis que as decisões então proferidas tinham por base o uso adequado do direito de propriedade. Foi no direito de propriedade que a teoria teve seu início, irradiando posteriormente para o direito das obrigações, contratos e família.

---

[4] Acórdão da decisão: «La jurisprudence allait bientôt reconnaître que le propriétaire qui en fait usage sans intérêt sérieux et légitime et dans un dessin malicieux par exemple en élevant sur son toit une fausse cheminée pour enlever presque la totalité du jour qui restait à la fenêtre de son voisin abusait de son droit et encourrait une responsabilité». (RODRIGUES, 1993, p. 48.)

Atualmente, a doutrina entende haver uma equivalência na eficácia do abusivo e o ilícito. Aquele diz com "o exercício de direitos ou liberdades em desconformidade aos limites estabelecidos pelo próprio Direito" e este com a proibição legal de determinadas condutas. Assim, a noção de abuso e sua utilidade apontam, no direito brasileiro, para "a violação de limites estabelecidos, seja pela boa-fé (...) como também reconhecido mais recentemente, pelos fins econômicos ou sociais ou pelos bons costumes". (MIRAGEM, 2016b)

A doutrina do abuso de direito no atual Código Civil teve influência constitucional e consumerista. Com a Constituição de 1988 e a determinação de elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, consumou-se o dever do Estado de proteção da parte mais fraca nas relações privadas, especialmente em razão da despersonalização, desterritorialização e desmaterialização dessas relações, acentuando a vulnerabilidade do consumidor. (MARQUES, 2016)

Essa intervenção estatal com a finalidade de reestabelecer o equilíbrio fez com que as relações passassem a sofrer limitações em sua forma e conteúdo para que atingissem uma igualdade material entre os contratantes[5], especialmente através da disciplina dos direitos fundamentais (CRISTAS, 2008, p. 49), que, segundo Duque, "não podem garantir uma proteção efetiva caso os particulares não possam aplica-los em determinadas ralações privadas", devendo ocorrer uma "penetração controlada, porém eficaz, dos valores constitucionais no direito privado e, com isso, para a própria possibilidade de controle do conteúdo de contratos privados com base na constituição". (2013, p. 99)

No ano de 2002, com a aprovação do Código Civil, percebeu-se clara influência da disciplina consumerista e constitucional em seus valores e garantias respeitadas, além da utilização da técnica legislativa constitucional de um sistema aberto, sustentado por cláusulas gerais[6] (que se opõem à elaboração casuística, que tem universo de aplicação restrito) e conceitos abertos que deveriam ser concretizados pelo julgador. A utilização de tais cláusulas tem a vantagem de regulamentar um número ilimitado de situações concretas, e sua estrutura "leva o operador do Direito a se

---

[5] Para Flórez-Valdés, a aproximação entre Constituição e Código Civil "surge ante la doble consideración del carácter normativo de la Constitución y de la presencia em la misma de materias cuyo contenido responde al atribuido al Derecho Civil. (1986, p. 21.)

[6] Perlingieri ensina que "legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato". (2002, p. 27.)

utilizar de regras jurídicas que promovem valores de comportamentos sociais, econômicos e culturais". (MARIGHETTO, 2015, p. 141)

As cláusulas de ilicitude no Código Civil vêm bipartidas, dividindo-se em ilicitude culposa[7] e exercício abusivo de direito.[8]

A ideia de abuso de direito, em que pese ser desenvolvida a séculos, não apresenta um sentido claro e preciso. Planiol critica a expressão, afirmando que "o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver *uso abusivo* de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito". (STOCO, 2002, p. 142)

Josserand, por sua vez, leciona que essa contradição desaparece se for levado em consideração que o Direito possui duas acepções: direito subjetivo e juridicidade. E quando se fala em abuso se fala no ato que é realizado em virtude do exercício de um direito subjetivo cujos limites formais foram respeitados, mas que é contrário à ordem jurídica. (MIRAGEM, 2016b)

O abuso de direito é uma categoria com conteúdo próprio, situada na zona intermediária entre o ato lícito, ou seja, ato jurídico de objeto lícito, e o ato ilícito, que é o exercício do direito sem a devida regularidade.

Ou seja: o Código Civil, ao definir o abuso de direito em seu art. 187, coadunou com os conceitos vindos do direito francês e corroborados pelos ideais protetivos da Constituição Federal e dos estatutos dos anos 1990 (especialmente o Código de Defesa do Consumidor), definindo-o como aquele exercício de direitos que excede os limites do fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes.

3.2. O abuso no Direito do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, como já explanado, surge em decorrência de mandamento constitucional contido no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É uma consequência direta de uma norma que deixa de ser patrimonialista e passa a valorizar a dignidade da pessoa e os valores coletivos em detrimento de valores de propriedade[9]. Vem como uma demanda da sociedade, um movimento

---

[7] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

[8] Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

[9] Ferrajoli destaca que a fim de estabelecer quais direitos devem ser garantidos como fundamentais, deve-se levar em conta quatro critérios: dignidade da pessoa, igual-

consumerista crescente que pretendia restabelecer a igualdade nas relações de consumo, que é naturalmente estabelecida entre sujeitos com poderio diferente[10]: consumidor e fornecedor[11], garantindo assim os princípios de liberdade e igualdade. (MARQUES, 2016, p. 320)

O princípio basilar que orienta toda a norma consumerista e sua interpretação é a vulnerabilidade do consumidor, ou seja, o fato de que nas relações de consumo ele é parte mais fraca, podendo vir a ser "ferido"[12] em suas relações. (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 48)

"Aponta-se desse modo, que o princípio da vulnerabilidade[13], justificador de todo o sistema de proteção do consumidor, deve ser concebido como a pedra angular das relações de consumo." (NUNES JUNIOR, 2008) A necessidade da proteção do vulnerável surge de sua fraqueza diante da

---

dade, tutela dos mais fracos e a paz. No que diz respeito à igualdade, o autor destaca que ela exige a "proteção das diferenças e a redução das desigualdades", impondo o respeito das diferenças através da garantia dos direitos sociais. Já no tocante à tutela dos mais fracos, ressalta que "todos os direitos fundamentais são (e se justificam enquanto) leis dos mais fracos em alternativa às leis dos mais fortes que vigorariam na sua ausência", afirmando que "todos os direitos fundamentais foram sancionados como o resultado de movimentos de luta ou de revolução que, de tempos em tempos, laceraram o véu de normalidade e naturalidade que ocultava uma precedente opressão ou discriminação". Parece-nos o caso do Direito do Consumidor, que surge num contexto de grande poderio econômico das empresas, criando a necessidade de igualar consumidores e fornecedores em condições de defesa de seus direitos. (FERRAJOLI, 2011, p. 104-106).

[10] Para uma relação que nasce naturalmente desvantajosa para o consumidor, mostra-se aceitável a geração de normas, de políticas públicas, de órgãos fiscalizadores que proporcionem a correção de desvios nas práticas mercadológicas, que conduzem a resultados prejudiciais aos adquirentes de produtos e de serviços postos no mercado. (SCHMITT, 2014, p. 202.)

[11] A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. (MIRAGEM, 2016a, p. 114.)

[12] Dans son activité de consommation, il peut subir une blessure corporelle à l'occasion de l'utilisation d'un bien défecteux. Il peut également subir une lésion pécuniaire, ce qui sera le cas le plus fréquent en pratique. Dans les deux cas, l'être vulnérable n'est pas tant l'être blessé, que celui qui peut l'être en raison de as faiblesse. (...) Si le consommateur doit être protégé par le droit, ce n'est pas parce qu'il est systématiquement lésé, mais parce qu'il n'est pas bien armé pour faire face à son partenaire-adversaire qu'est le professionnel. (CHAZAL, 2000, p. 244.)

[13] A vulnerabilidade em direito aparece em uma relação de forças quando se faz necessário compensar desigualdades consideradas como "naturais" e resultantes de um fato considerado objetivo (idade ou estado de saúde) ou como resultado de uma situação voluntária instituída entre pessoas privadas (em relação às obrigações). (FAVIER, 2013.)

outra parte da relação, o que diante do direito pós-moderno faz surgir a necessidade de diferenciar e assegurar a ele direitos especiais; tratá-lo de forma especial, respeitando as diferenças e assegurando o acesso aos seus direitos, sem discriminação. (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 112)

Assim, quando se aborda a questão da publicidade abusiva dirigida ao público infantil e do dever de indenizar dela decorrente, de se avaliar sua previsão legal e a efetiva ocorrência de dano às crianças.

4. A Publicidade Abusiva dirigida ao Público Infantil

No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, pode-se encontrar algumas previsões que se referem à abusividade de determinadas práticas, tanto na relação de consumo em geral quanto na publicidade. Benjamin e outros referem que as práticas abusivas são "uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica", sendo "compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independente da ocorrência de dano ao consumidor." (BENJAMIN; DENARI; FILOMENO; FINK; GRINOVER; NERY JÚNIOR; WATANABE, 2005, p. 361)

O próprio Código de Defesa do Consumidor prevê a proteção contra os abusos dos fornecedores no âmbito da publicidade ao longo de toda a norma, nos arts. 6°, IV[14]; 37, § 2°[15] e 67[16].

4.1. O conceito de abusividade do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor

O art. 37 do Código de Defesa do Consumidor determina, no *caput* de seu art. 37, que são proibidas as publicidades enganosa e abusiva.

---

[14] Art. 6° São direitos básicos do consumidor: (...)
IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (BRASIL, 1990)

[15] Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...)
§ 2° É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

[16] Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa. (BRASIL, 1990)

Em seu § 2º define, de forma não exaustiva, quais publicidades são consideradas abusivas. Isso porque a publicidade tem o potencial de perturbar a ordem e harmonia do mercado e "violar direitos de informação, de reflexão, de inviolabilidade moral e cultural dos consumidores e, sobretudo, [...] causar (sérios e difusos) danos econômicos aos consumidores que confiarem na informação veiculada pela publicidade" (MARQUES, 1994, p. 15), dessa forma entorpecendo ou suprimindo a vontade real dos consumidores, o que é elemento nuclear da autonomia privada. (PASQUALOTTO, 1997, p. 33)

Assim, o rol do art. 37, § 2º veda a publicidade "que atente contra os valores éticos e morais da sociedade, em desrespeito ao consumidor, ou que possa induzi-lo a se comportar de forma prejudicial a sua saúde e segurança" (DIAS, 2013. p. 89), ou seja, as práticas proibidas não afetam o bolso do consumidor, mas os valores tidos como importantes na sociedade de consumo. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2013, p. 199)

Bourgoignie, quando aborda a abusividade no âmbito do direito do consumidor, é lúcido ao definir as práticas abusivas e de onde elas surgem, sendo o entendimento aplicável também à esfera da publicidade:

> As práticas abusivas podem nascer em decorrência tanto da falta como da incorreção da informação fornecida ao consumidor – do fato, por exemplo, da ausência de informação das condições do contrato, da impressão ilegível ou pouco compreensiva das condições referidas, da redação confusa ou incompleta da informação dada ao consumidor – como ainda de fatores internos à relação de consumo, tais como a natureza agressiva demais de determinado método de venda ou de determinada mensagem publicitária, da ausência de educação do consumidor e a sua impossibilidade de avaliar os riscos ligados à conclusão do contrato proposto ou a utilização do produto oferecido, e até mesmo da falta de meios efetivos para que ele possa recorrer contra seu interlocutor em caso de litígio. (1993, p. 12)

Assim, é considerada abusiva, entre outras, "a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais", ou ainda a que possa "induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança."[17]

---

[17] BRASIL, 1990.

Percebe-se, assim, que o entendimento do Código de Defesa do Consumidor a respeito de abusividade na publicidade decorre da necessidade de proteção contra os mesmos comportamentos de aproveitamento de posição dominante do fornecedor em relação à vulnerabilidade do consumidor.

Assim, pretende-se construir relações de consumo mais éticas, pautadas por comportamentos que não interfiram de forma prejudicial na esfera de vida e saúde do consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça tem sido instado a se manifestar e delimitar o conceito de abusividade nas relações de consumo, como se passa a demonstrar.

Tratando-se a publicidade abusiva de conceito aberto, cabe à doutrina e jurisprudência fixar critérios objetivos para caracterizar as situações em que o fornecedor abusa de seu direito de fazer publicidade e fere os direitos do consumidor. No que tange à publicidade dirigida ao público infantil, o Superior Tribunal de Justiça, órgão de uniformização de jurisprudência, poucas vezes foi instado a se manifestar a respeito do tema, mas quando o fez, reconheceu que é abusiva a publicidade dirigida às crianças.

No ano de 2016, o Superior Tribunal de Justiça julgou recurso decorrente de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Pandurata Alimentos[18]. Segundo o órgão ministerial, a campanha publicitária "É Hora de Shrek" caracterizava prática abusiva em razão do condicionamento da aquisição de um produto (que era divulgado como brinde) à compra de outros produtos da linha comercializada pela empresa fornecedora[19].

Apesar de a controvérsia residir na possível configuração de venda casada e caracterização de prática abusiva prevista no art. 39, I do CDC, o relator afirmou a abusividade da publicidade dirigida ao público infantil, em razão do apelo de compras a elas endereçado:

> É abusivo o *marketing* (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobre-

---

[18] PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DIRIGIDA À CRIANÇA. ABUSIVIDADE. VENDA CASADA CARACTERIZADA. ARTS. 37, § 2º, E 39, I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. (BRASIL, 2016)

[19] Mediante a apresentação de 5 rótulos de produtos da linha 'Gulosos' o consumidor poderia adquirir um relógio estampado com o personagem Shrek pelo valor de R$ 5,00. Havia 4 cores de relógios disponíveis.

tudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). (BRASIL, 2016, p. 6)

Em julgamento mais recente, do ano de 2017, o Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento quanto à abusividade do direcionamento de publicidade às crianças. Em situação semelhante, com publicidade condicionando a aquisição de brinde à compra de outros produtos comercializados pelo fornecedor[20], mais uma vez o Tribunal ressaltou a abusividade do direcionamento de publicidade ao público infantil:

> Em seu voto, o ministro Herman Benjamin, relator do caso, argumentou que a campanha representou caso de violação ao artigo 37, parágrafo 2º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece que são ilegais as campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo infantil.
>
> "O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência reconhecendo a abusividade de publicidade e propaganda de alimentos direcionadas às crianças, de forma direta ou indireta. Isso porque a decisão de comprar os gêneros alimentícios cabe aos pais, especialmente em épocas de grandes índices de obesidade infantil", afirmou o relator.[21]

Diante de tais conceitos, de se verificar quais são as eventuais consequências do direcionamento de publicidade às crianças, a fim de verificar quais publicidades podem ser consideradas abusivas e se elas podem se enquadrar em uma categoria *sui generis* de dano.

4.2. Efeitos da publicidade sobre as crianças

A fim de debater quais publicidades dirigidas ao público infantil são abusivas e sua caracterização como um tipo específico de dano, deve-se primeiramente verificar as consequências apuradas quando da exposição das crianças às práticas mercadológicas, exposição essa cada vez maior, impulsionada pelo sentimento incentivado de culpa dos pais, que são

---

[20] "Direcionada ao público infanto-juvenil, a campanha incentivou os pequenos consumidores a trocarem os selos impressos nas embalagens de produtos da empresa por mascotes de pelúcia uniformizados, mediante o pagamento de R$ 3,00." (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017)

[21] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017.

convencidos de que "o que normalmente fazem com os bebês – abraçar, brincar, cantar, conversar e ler para eles, exatamente do que eles precisam – não é bom o suficiente. Em vez disso, são incitados a colocá-los diante de televisão". (LINN, 2009, p. 254)

Os fornecedores se aproveitam das 5h diárias das crianças em frente à televisão e de suas 17h mensais conectadas à internet (PASQUALOTTO; AZAMBUJA, 2014, p. 90) e investem bilhões em marketing[22], na expectativa de que esse público, que influencia 80% das compras da família (SILVA, 2014, p. 95), vincule-se aos produtos que anunciam, cientes do contraste existente entre seu poder de influência e sua vulnerabilidade "em relação à atuação negocial dos fornecedores no mercado, por intermédio das técnicas de *marketing*". (MIRAGEM, 2016, p. 118)

Segundo estudiosos do desenvolvimento infantil, é somente a partir dos 12 anos de idade que as crianças começam a entender a diferença entre a publicidade e a realidade, eis que só a partir de então são capazes de entender lógica abstrata. (VELOSO; HILDEBRAND; CAMPOMAR, 2012, p. 27). Em estudo encomendado pelo governo sueco, Bjurström conclui que somente aos 12 anos de idade as crianças desenvolvem um entendimento completo do objetivo da publicidade[23], e antes disso elas sequer questionam a mensagem recebida, ou seja, "o entendimento do objetivo persuasivo da propaganda é um importante pré-requisito para as crianças serem capazes de questionar e avaliar criticamente as diversas mensagens da propaganda".(2000, p. 27-28)

Segundo a doutrina, a publicidade tem a capacidade de gerar "tristezas, decepções por motivos fúteis e banais (...) ou, quanto pior, geram inveja, ganância, gula e um consumismo despropositado" (HENRIQUES, 2012, p. 188) nas crianças.

As pesquisas a respeito do tema demonstram os diversos campos em que a publicidade provoca consequências. O primeiro a ser aqui debatido é na saúde dos pequenos, eis que a exposição da criança à publicidade está diretamente relacionada ao aumento de peso e más escolhas alimentares (LINN, 2006, p. 128). Em estudo realizado, verificou-se que crianças expostas a desenhos animados com publicidade inserida tendem a escolher alimentos apresentados em tais publicidades, em detrimento de outros mais saudáveis

[22] Em 2001, a indústria de propaganda nos Estados Unidos gastou US$ 40 bilhões em marketing para crianças (BARBER, 2009, p. 24).

[23] O conceito do autor a respeito do que seria um entendimento completo do objetivo da propaganda leva em conta a capacidade das crianças de perceberem os interesses econômicos por trás dos comerciais e sua intenção de convencê-los a consumir.

ou mesmo em alimentos similares de marcas diferentes (BORZEKOWSKI; ROBINSON, 2001, p. 42-46)[24], o que pode estar relacionado com o aumento de doenças crônicas nas crianças (COSTA, 2014, p. 28), principalmente se se tiver em conta que a distribuição da publicidade de alimentos a que as crianças estão expostas é pouco saudável e em sua maioria de alimentos ricos em açúcares, gorduras e carboidratos. (NASCIMENTO, 2007, p. 55)[25]

Por outro lado, as crianças expostas à publicidade tendem a ficar insatisfeitas com seus corpos e buscarem padrões inalcançáveis de beleza, tal qual a boneca Barbie, cujas medidas, se aplicadas a uma pessoa, resultariam em alguém com 99cm de busto, 48cm de cintura, 83cm de quadril 45,8kg de massa corporal e 2,13m de altura, o que a tornaria alguém incapaz de se sustentar em pé sozinha (SOUZA; VENDRAME, 2009). Talvez por essa razão, quase metade das meninas norte-americanas faz regime, chegando ao extremo de crianças de 5 anos acharem que estão com as coxas muito grossas (LINN, 2006, p. 136).

Além de aparência irreal, as crianças também são apresentadas a estereótipos equivocados relacionados a gênero. Apesar dos avanços que vêm sido observados nos últimos anos, "as maiores empresas fabricantes de brinquedos ainda seguem a política de segregação", em que meninas ainda são apresentadas em ambientes domésticos e passivas, ao passo em que meninos são apresentados em ambientes externos e ativos. (SCHOR, 2009, p. 39-40)

Junto a tais estereótipos, vem a sexualização precoce, em que as crianças são apresentadas e incentivadas a adotarem comportamentos impróprios para a sua idade e que podem colocar em risco sua integridade física e psicológica.[26]

---

[24] No mesmo sentido: "In our study, children exposed to a high-frequency placement condition were more likely to consume the depicted brand in a subsequent snack choice task. (...) In another important finding, we observed that age did not moderate the effect of placement exposure on snack consumption. Unlike classic advertising techniques, in which children can learn adult-like strategies to resist the effects of advertising, product placements seem to come as Trojan horses, carrying hidden messages. As a consequence, age does not protect children against such persuasion attempts." (MATTHES; NADERER, 2015, p. 6)

[25] A pesquisa da autora aponta que entre os comerciais de televisão analisados, 34,5% referiam-se a alimentos ou bebidas alcoólicas; entre 1395 comerciais de alimentos, a distribuição dos tipos de alimentos foi a seguinte, em ordem decrescente: gorduras, óleos e doces (57,8%); pães, cereais, arroz e massas (21,2%); leites, queijos e iogurtes (11,7%); carnes, ovos e leguminosas (9,3%) e frutas e vegetais (0%).

[26] Veja em: TERRA, 2001; SCHOR, 2009, p. 54; MARTINELLI, 2014; REVISTA FORUM, 2015.

Além disso, crianças têm alterado a forma como se relacionam com seus brinquedos e com formas de apego, refletindo-se "na vulnerabilidade dos laços afetivos, impedindo o desenvolvimento de relações mais aprofundadas". Além disso, a publicidade "enfraquece os valores democráticos ao encorajar a passividade, o conformismo e o egoísmo e enaltece, em grande escala, os valores materiais" (SANTOS, 2014, p. 40), causando "problemas da infância que incluem a erosão das brincadeiras infantis criativas, a violência juvenil, a sexualidade precoce e irresponsável, a obesidade infantil, os distúrbios alimentares, o materialismo desenfreado e o estresse familiar." (LINN, 2009, p. 252)

A publicidade utiliza-se ainda de ferramentas como o 'fator amolação'[27] e de mecanismos que geram estresse e colidem com o poder familiar dos pais, criando uma competição entre quem deve educar, se a família ou a publicidade, competição essa muitas vezes incentivada pelos fornecedores, como afirmou Reynolds. (LINN, 2006, p. 64)

Não por outra razão, em 2012 foi apresentado ao Comitê Econômico e Social Europeu um parecer a respeito da publicidade destinada às crianças, cujo objetivo foi "contribuir para a informação, a discussão e o possível aprofundamento, a nível comunitário, das medidas, de caráter legal ou outras, de proteção das crianças e jovens" da publicidade que os utiliza como porta-vozes, que a eles se dirige de forma nociva, "ou, de qualquer modo, a expõe a mensagens lesivas para o seu adequado desenvolvimento físico, mental e moral" (UNIÃO EUROPEIA, 2012, p. 6). Em suas conclusões, sugeriu a "proibição genérica da publicidade que usa indevida e abusivamente a imagem da criança em temas que não tenham a ver com assuntos que diretamente lhes respeitam" e a existência de uma base jurídica para uma ação a nível comunitário a respeito da publicidade infanto-juvenil, enquadrando-a como uma questão e cidadania e proteção de direitos fundamentais. (UNIÃO EUROPEIA, 2012, p. 6)

Assim, verifica-se que os estudos apresentados e desenvolvidos a respeito da relação entre criança e publicidade demonstram de forma

---

[27] Também chamado de "o poder de importunar", refere-se ao incentivo ao comportamento de insistência parar que os pais ou responsáveis adquiram os produtos desejados. Uma pesquisa de 2002 a respeito do poder de importunar concluiu que 83% dos jovens entre 12 e 13 anos pediram para os pais comprarem ou deixarem de comprar algo que viram anunciado. Além disso, 40% afirmou que fez isso mesmo sabendo que o item era desaprovado pelos pais, e depois da negativa, 71% persistiram na solicitação. O número médio de solicitações é 8, mas há crianças que chegam a solicitar mais de cinquenta vezes. (SCHOR, 2009, p. 58)

inequívoca que, tendo em vista a sua falta de capacidade para compreender o conteúdo da mensagem publicitária, pode-se concluir de forma inequívoca que toda publicidade dirigida ao público infantil enquadra-se como abusiva, eis que não possui a criança a capacidade de identificar a publicidade como tal, ou seja, tornando-a vítima da prática, eis que qualquer anúncio que a elas se direcione se aproveita de sua falta de discernimento. (NUNES JUNIOR, 2012, p. 247)

Assim, extrapolando o exercício de seu direito de veicular publicidade, o fornecedor, no momento em que direciona suas peças ao público infantil, inegavelmente causa dano às crianças, que não possuem ferramentas para se proteger dos efeitos causados por tal exposição.

Tal dano certamente não afeta o patrimônio das crianças, não se caracterizando como material. Tampouco as afeta psicologicamente de forma a ser inequivocamente classificado como dano moral.

Os danos provocados, como dito, afetam a saúde das crianças, colocam-nas em perigo, afetam sua autoimagem e sua percepção do mundo, incentivam comportamentos inadequados que trarão consequências nefastas em sua saúde, a curto e longo prazo.

Dessa forma, de serem tais danos considerados uma classe própria de danos, que possa se diferenciar e mesmo cumular com outros eventuais danos reconhecidos em caso de reconhecimento do dever de indenizar.

5. Considerações finais

A responsabilidade civil tem como um de seus pressupostos – que atualmente vem inclusive a ser considerado possivelmente a sua centralidade – o dano, que deve possuir características próprias, como sua certeza e iminência, para ser considerado indenizável.

Nesse sentido, a fim de verificar se determinada prática gera o dever de indenizar, deve-se verificar a ocorrência de tal pressuposto.

O ato que gera o dano, por sua vez, tem como uma de suas características ser praticado de forma abusiva, ou seja, extrapolando o seu uso normal e violando os direitos da outra parte.

Nesse sentido, o direito brasileiro trouxe no Código Civil vigente a ideia de abuso de direito, ideia essa também presente no Código de Defesa do Consumidor quando prevê a abusividade de algumas práticas, inclusive a publicidade, que foi aqui tratada.

Entre as possibilidades da publicidade abusiva encontra-se aquela que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança.

Para verificar tal abusividade, deve-se avaliar a capacidade da criança de se proteger contra os efeitos da atividade publicitária.

Como visto, a doutrina demonstra que até os 12 anos as crianças não possuem condições de reconhecer a publicidade e se proteger contra seus efeitos, que vão desde influências negativas em sua alimentação, autoimagem, percepção de gênero, até mesmo a uma interferência no exercício do poder familiar, causando estresse nos lares.

Assim, torna-se possível defender que toda publicidade direcionada ao público infantil pode ser considerada abusiva, razão pela qual inequivocamente expõe os pequenos a algum dano.

Tal dano diferencia-se das espécies ora reconhecidas pela doutrina e jurisprudência, como os danos materiais, morais, estéticos, etc., razão pela qual, como dito, deve o 'dano publicitário' ser reconhecido como um dano *sui generis* e estudado de forma mais aprofundada.

Referências

ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 21, p. 105-ss., jan. 1997.

AMARAL, Francisco do. *Direito Civil*: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMATRUDO, Rosangela. Publicidade abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 52, p. 163-ss., out. 2004.

BARBER, Benjamin B. *Consumido*: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BENJAMIN, Antônio Carlos Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, p. 25 e ss., jan. 1994, DTR\1994\22.

BENJAMIN, Antônio Carlos Herman de Vasconcellos e; DENARI, Zelmo; FILOMENO, José Geraldo Brito; FINK, Daniel Roberto; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JÚNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BENJAMIN, Antônio Carlos Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Os efeitos da publicidade na 'vulnerabilidade agravada': como proteger as crianças consumidoras? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 90, p. 69-90, nov./dez. 2013.

BJURSTRÖM, Erling. *Children and television advertising*: a critical study of international research concerning the effects of TV-commercials on children, report 1994/95:8. Stockholm: Konsumenterket; Swedish Consumer Agency, 2000. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/137315965/Children-Tv-Ads-Bjurstrom>. Acesso em: 02 jan. 2015.

BORZEKOWSKI, Dina L. G.; ROBINSON, Thomas N. The 30-second effect: an experiment revealing the impact of television commercials on food preferences of preschoolers. *Journal of the American Dietetic Association*, v. 101, n. 1, jan. 2001, p. 42-46. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0002822301000128>. Acesso em: 03 nov. 2014.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 6, p. 7-16, abr. 1993.

BRAMBILLA, Flávio Régio; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Propaganda infantil na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor: um estudo interdisciplinar congregando noções de direito e marketing. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 285-322, mar./abr. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Planalto*. Disponível em: <https://goo.gl/SrYmJf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Planalto*. Disponível em: <https://goo.gl/MqDioV>. Acesso em: 10 maio 2017.

BRASIL. Resolução N. 163 de 13/03/2014. *CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE*. Disponível em: <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.558.086/SP. Recorrente: Pandurata Alimentos Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/zbWofn>. Acesso em: 10 maio 2017.

CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 94, p. 181–211, jul.-ago. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAZAL, Jean-Pascal. Vulnérabilité et droit de la consommation. In: COHET-CORDEY, Frédérique. *Vulnérabilité et droit*: le développement

de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 243-264.

COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17-34.

CRISTAS, Assunção. Protecção constitucional do consumidor e suas implicações no direito contratual. In: GRUNDMANN, Stefan; SANTOS, Margarida dos (coord.). *Direito Contratual entre Liberdade e Protecção dos Interesses e Outros Artigos Alemães-Lusitanos*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 47-60.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e Constituição: Drittwirkung* dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FAVIER, Yann. A inalcançável definição de vulnerabilidade aplicada ao Direito: abordagem francesa. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 85, p. 15 e ss., jan. 2013, DTR\2013\492.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Abuso de direito nas relações obrigacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

FRANÇA, Rubens Limongi. Responsabilidade civil e abuso de direito. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 19, 1985.

GALINDO, Daniel. Comunicação Mercadológica: uma revisão conceitual. In: GALINDO, Daniel (org.). *Comunicação institucional & Mercadológica*: expansões conceituais e imbricações temáticas. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2012. p. 69-100.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. *Publicidade abusiva dirigida à criança*. Curitiba: Juruá, 2012.

LINN, Susan. *Crianças do consumo*: a infância roubada. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

LINN, Susan. Honrar as crianças em tempos desonrosos: recuperando a infância da cultura de mídia comercializada. In: CAVOUKIAN, Raffi; OLFMAN, Sharna (orgs.). *Honrar a criança*: como transformar este mundo. São Paulo: Instituto Alana, 2009. p. 249-262.

LUNARDI, Fabrício Castagna. *A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional*: novos paradigmas para os contratos. Disponível em: <https://goo.gl/nMBwNF>. Acesso em: 02 maio 2017.

MAGGI, Bruno Oliveira. Nova proposta de classificação do dano no direito civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 32-54, out. 2007.

MALTEZ, Rafael Tocantins. *Direito do Consumidor e Publicidade*: análise jurídica e extrajurídica da publicidade subliminar. Curitiba: Juruá, 2011.

MARIGHETTO, Andrea. O "funcionalismo" no sistema brasileiro de proteção e defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate (org.). *Novas tendências do direito do consumidor*: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 140-165.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: studium generale sobre o consumidor como homo novus. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 85, p. 25 e ss., jan. 2013, DTR\2013\484.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Vinculação própria através da publicidade? A nova visão do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, p. 7-20, abr./jun. 1994.

MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e infância: sugestões para a tutela legal das crianças consumidoras. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (orgs.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 93-111.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINELLI, Andréa. Justiça manda recolher edição de setembro da revista Vogue Kids. *Brasil Post*, 13 set. 2014. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2014/09/13/polemica-vogue-kids_n_5815314.html>. Acesso em: 10 mar. 2015.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 24, n. 102, p. 297-320, nov./dez. 2015.

MATTHES, Jörg; NADERER, Brigitte. Children's consumption behavior in response to food product placements in movies. *Journal of Consumer Behaviour* (2015). DOI: 10.1002/cb.1507.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle*. T. 1. 4ème. éd. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

MAZON, Marília. O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 78, p. 225-ss., abr. 2011.

MIRAGEM, Bruno. *A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente* (Conanda) (Parecer). São Paulo, ago. 2014. Disponível em: <https://goo.gl/cgVEso>. Acesso em: 08 set. 2016.

MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 842, p. 11-44, dez. 2005.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito*: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil*: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. O ilícito e o abusivo: propostas para uma interpretação sistemática das práticas abusivas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, n. 104, p. 99-127, mar./abr. 2016.

NASCIMENTO, Paula Carolina Barboni Dantas. *A influência da televisão nos hábitos alimentares de crianças e adolescentes*. 2007. Tese (Doutorado em Psicologia) - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2007. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-21092007-145239/>. Acesso em: 12 fev. 2015.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. *In*: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco (coords.). *Constituição Federal*: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 842-846.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial*: proteção e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 22-23.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade de tabaco e liberdade de expressão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 82, p. 11-ss., abr. 2012.

PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel (orgs.). *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PASQUALOTTO, Adalberto; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. A comédia da publicidade: entre a sátira e o politicamente correto. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 96, p. 89 e ss., nov. 2014, DTR\2014\18745.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: Introdução do Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTO, Renato. *Publicidade digital*: proteção da criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMSAY, Iain. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 4, p. 26-41, out.-dez. 1992.

REVISTA FÓRUM. *Campanha Infeliz*: Grife de Luciano Huck é notificada pelo Procon. 05 mar. 2015. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/blog/2015/03/campanha-infeliz-grife-de-luciano-huck-e-notificada-pelo-procon/>. Acesso em: 06 mar. 2015.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 4. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Andréia Mendes dos. Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação. *In*: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 35-52.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis*: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHOR, Juliet B. *Nascidos para comprar*: uma leitura essencial para orientarmos nossas crianças na era do consumismo. São Paulo: Gente, 2009.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas*: do consumo à compulsão por compras. São Paulo: Globo, 2014.

SOUZA, Hanna Danna e; VENDRAME, Thaina Noda. Barbie. *Comunicação Publicitária*, 21 jun. 2009. Disponível em: <https://compublicidade.wordpress.com/2009/06/21/barbie/>. Acesso em: 30 out. 2018.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Campanha da Sadia é considerada abusiva por incentivar consumo de alimentos calóricos pelas crianças.* 01 maio 2017. Disponível em: <https://goo.gl/Uvx8nG>. Acesso em: 02 maio 2017.

TERRA. *Sutiã com enchimento para crianças é alvo de polêmica.* 29 mar. 2011. Disponível em: <http://vidaeestilo.terra.com.br/interna/0,,OI-5034496-EI12822,00.html>. Acesso em: 23 fev. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre «Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças»* (parecer de iniciativa). Jornal Oficial da União Europeia. Bruxelas, 15 nov. 2012. p. 6-11. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:351:0006:0011:PT:PDF>. Acesso em: 22 nov. 2013.

VELOSO, Andres Rodriguez; HILDEBRAND, Diogo; CAMPOMAR, Marcos Cortez. *Marketing e o mercado infantil.* São Paulo: Cengage Learning, 2012.

VERSTERGAARD, Torben; SCHRODER. Kim. *A linguagem da propaganda.* Trad. João Alves dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Consolidação dos requisitos de aplicação da teoria da perda de uma chance no Direito brasileiro

Rafael Peteffi da Silva[1]

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	
Chron – Chronique D - Dalloz Gaz. Pal – Gazette du Palais I.R.- information rapide JCP – Juris-classeur périodique pan.- panorama Resp. civ. et assu. - Revue de Responsabilité civile et assurance	RGAT – Revue générale des assurances terrestres RIDC – Revue internationale de droit comparé RTDC – Revue Trimestrielle de Droit Civil RTDSS - Revue trimestrielle de droit sanitaire et social

1. Introdução

O desenvolvimento recente da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, no Direito Brasileiro, não foi palco de maiores sobressaltos. Com efeito, o que se pode observar em relação aos requisitos de aplicabilidade da teoria, cerne do presente estudo, foi uma consolidação doutrinária e jurisprudencial dos parâmetros indicados em obras anteriores, como será indicado no desenvolvimento do trabalho.

Entretanto, apesar de ter sido tratado de forma secundária, não se pode negar que o debate sobre a natureza jurídica da chance perdida, tida por muitos como uma modalidade específica de dano, que até então havia recebido pouca atenção, passou a ocupar local de destaque

[1] Professor associado da Universidade Federal de Santa Catarina, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Doutor em Direito pela USP. Coordenador da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo. Coordenador Regional do Cbar (Santa Catarina).

acadêmico. Destarte, apoiados em Paul Speaker[2], afirmamos que a teoria da perda de uma chance era o *campo de experimentação* mais sofisticado para a análise dos atuais limites dos conceitos de dano indenizável e de nexo de causalidade.

Talvez por isso a teoria da perda de uma chance tenha se tornado, na doutrina internacional, verdadeiro campo de batalha, ocupado por inúmeras correntes com posicionamentos diversos sobre o mesmo tema. Anteriormente, afirmamos que o epicentro da celeuma relacionava-se com a própria natureza jurídica da teoria da perda de uma chance: um pequeno número de doutrinadores acreditava que a noção de chance perdida como *dano indenizável* não possuía consistência e tudo não passava de uma utilização da *causalidade parcial*[3]; enquanto outros pensavam que as chances perdidas deviam ser consideradas como *danos autônomos* e indenizáveis[4]. A maior parte da doutrina francesa, contudo, lecionava que apenas algumas modalidades de utilização da perda de uma chance utilizam-se da causalidade parcial, sendo a chance perdida representativa, na maioria dos casos, de um novo tipo de dano indenizável[5].

Interessante notar que, nos últimos anos, esse tema foi revisitado por autores europeus, particularmente ibéricos, os quais aproximaram a teoria da perda de uma chance da noção de causalidade parcial[6]. Paradoxalmente,

---

2 SPEAKER, Paul. The applications of the loss of a chance doctrine in class actions. Review of Litigation. Spring, 2002, p. 350. "Regardless of whether it is applied in the class action or individual context, the loss of chance doctrine is a major departure from the state of the law before its introduction, no matter what justification a court offers. Application of the loss of chance doctrine requires a complete reconceptualization of both the causation analysis as well as the measure of damages." [Sem grifos no original].

3 Nesse sentido BORÉ, Jacques. L' indemnisation pour les chances perdus: une forme d'appreciation quantitative de la causalite d'un fait dommageable. J.C.P, 1974, I. 2620. e MAKDISI, John. Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based On Probability. North Carolina Law Review, vol. 67, p. 1063, 1989.

4 Ver, por todos, KING JR., Joseph H. Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine. University of Memphis Law Review. p. 492, Winter 1998, p. 492.

5 Para uma análise ampla de todas as teorias, ver PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 50-114.

6 MOTA PINTO, Paulo. *Perda de uma chance processual*. In Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos. Vol. II. Coimbra: Almedina. 2016.; FERREIRA, Rui Cardona. Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Uma Chance. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 e MEDINA ALCOZ, LUIS. La teoria de la perdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños publico y privado. Madrid: Civitas, 2007.

autores brasileiros se debruçaram sobre o tema, majoritariamente inclinados a circunscrever a chance perdida dentro da teoria do dano[7].

É evidente que o presente trabalho é insuficiente para exaurir toda a vasta e rica temática envolvendo a responsabilidade pela perda de uma chance. Assim, não entraremos em maiores definições sobre a natureza jurídica do instituto, mas focaremos nossa análise em questões que constituem as balizas mais importantes para a correta aplicação da teoria, que vem sendo consolidadas no Direito Civil brasileiro.

Primeiramente, é salutar que analisemos alguns casos concretos, para firmar as características básicas da teoria da perda de uma chance. Imaginemos o exemplo do estudante que se encaminha para prestar o exame vestibular e é impossibilitado de chegar ao local do certame por culpa de um acidente provocado por um motorista imprudente. Nesse caso, não poderemos imputar o dano representado pela reprovação no exame vestibular ao motorista, tendo em vista que o estudante poderia não lograr êxito nas provas, mesmo que o acidente não ocorresse. Com efeito, vários fatores aleatórios (acaso) poderiam ter sido a causa da reprovação aludida, tais como a dificuldade da prova ou o despreparo do estudante. Portanto, já que o dano poderia ter sido causado pelo acaso, a vítima (estudante), de acordo com a teoria ortodoxa da responsabilidade civil, deveria suportá-lo de maneira integral. Contudo, apesar de não existir liame causal certo entre a conduta do motorista e a perda da vantagem esperada pelo estudante (o sucesso no vestibular), podemos dizer, com certeza, que esse motorista eliminou as chances que o candidato tinha de lograr êxito no aludido exame.

Como exemplos sempre lembrados de *prejuízos atuais*, temos os jogos de azar, como na hipótese do cavalo de corrida que é impedido de correr e perde a chance de ganhar um prêmio[8], ou os casos de perda de uma chance em matéria contenciosa, como na atitude culposa de um advogado que perde o prazo do recurso de apelação e faz com que seu cliente perca a chance de ver o seu direito reconhecido na instância superior[9].

---

7 NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 695 e seguintes e CARNAÚBA, Daniel. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013. Este autor, apesar de considerar que a teoria da perda de uma chance seria apenas uma espécie de técnica decisória, admite que considerar a chance perdida como dano específico seria um requisito lógico da sua abordagem.

8 O Superior Tribunal de Justiça julgou espécie semelhante, quando decidiu o famoso caso do "show do milhão", que será tratado com maior vagar na última seção.

9 *Espécie julgada pela Corte de Cassação francesa em 1998*: em J.C.P. 1988, II. 10143 Nota Raymond Martin. O Superior Tribunal de Justiça ratificou seu entendimento em

Na esfera dos danos futuros, outros casos foram lapidados pela jurisprudência francesa, como na antiga decisão sobre a perda da chance de melhorar a sua condição social quando, por um ato culposo do ofensor, acabaram-se as probabilidades de uma jovem viúva melhorar seu padrão de vida pela brilhante carreira de médico que, segundo os padrões normais da época, seu esposo recém-formado em medicina teria[10].

Nesses exemplos dados, como em outros que examinaremos adiante, podemos observar certas características constantes que nos ajudam a moldar o conceito de dano pela perda de uma chance. Na lição de François Chabas[11], são características principais: (i) a vítima deve estar em um processo aleatório, (ii) interrompido pelo ato do agente e que, ao final, (iii) poderia lhe representar uma vantagem. Há, pois uma "aposta" perdida (essa aposta é uma possibilidade de ganho, é a vantagem que a vítima esperava auferir - como a procedência da demanda judicial e a obtenção do primeiro prêmio da corrida de cavalos - que normalmente pode ser enquadrada na categoria de lucros cessantes) e uma total falta de prova do vínculo causal entre a perda dessa vantagem esperada e o ato danoso, pois essa aposta é aleatória por natureza[12].

Note-se que o desaparecimento da vantagem esperada pela vítima (lucros cessantes) é sempre possível por intermédio de causas externas, restando impossível saber se a conduta do agente representa causa necessária para o aparecimento dos lucros cessantes. Portanto, o ato do demandado na ação de reparação não é uma condição *sine qua non* para a perda da vantagem esperada.

Não podemos, portanto, afirmar ter sido o ato culposo do ofensor a causa necessária para a perda do resultado pretendido pela vítima, visto que o prognóstico retrospectivo que se poderia fazer para saber se o demandante ganharia a causa, ou se o cavalo ganharia a corrida é bastante incerto, cercado de fatores exteriores múltiplos, como a qualidade dos outros cavalos, a jurisprudência oscilante na matéria da demanda judicial,

---

relação à teoria da perda de uma chance nesta decisão: Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1.079.185/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 11 de novembro de 2008.

[10] Espécie julgada pela *Corte de Cassação francesa em 1970*. Em J.C.P.,. 1970 II. 16456, Notas de Le Tourneau.

[11] CHABAS, François. *La perte d'une chance en droit français*. Palestra inédita proferida na Faculdade de Direito da UFRGS, em 26 de maio de 1990.

[12] PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

etc. Entretanto, ainda assim não podemos negar que houve um prejuízo, tendo em vista que o demandante perdeu a chance de obter êxito em sua demanda judicial, e o proprietário do cavalo perdeu a chance de ganhar o prêmio[13], ou seja, o resultado da aposta nunca será conhecido por causa da conduta culposa do ofensor. É justamente este o prejuízo que a teoria da perda de uma chance visa indenizar[14].

A aceitação dessa teoria pela jurisprudência pátria é fenômeno relativamente recente. Comprova-o o fato de a imensa maioria dos acórdãos encontrados em nossa pesquisa referir-se a julgados dos últimos quinze anos. Essa produção jurisprudencial ressalta a criatividade de nossos julgadores; porém, a falta de uma aplicação mais criteriosa dos requisitos da teoria da perda de uma chance tem levado a soluções perigosas ou, no mínimo, pouco ortodoxas.

Em outros países, com produção doutrinária mais densa, pode-se identificar modelo hermenêutico[15] bem consolidado, sem que haja, evidentemente, consenso absoluto entre os autores sobre os pontos mais instigantes da teoria. Em alguns sistemas jurídicos, as opiniões doutrinárias possuem forte influência na gênese da produção jurisprudencial[16]. Mais recentemente se tem observado, em alguns Estados norte-americanos, uma influência da doutrina até mesmo na produção legislativa, contribuindo, portanto, na formação dos modelos dotados de força prescritiva não apenas pela influência que possa ter na jurisprudência.

A doutrina estrangeira auxiliou na formação de um modelo hermenêutico nacional, além de servir como força argumentativa direta

[13] Nesse sentido BORÉ, Jaques. *L' indemnisation pour les chances perdus:* une forme d'appreciation quantitative de la causalite d'un fait dommageable. J.C.P. 1974, I.2620

[14] PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 13.

[15] Acerca dos modelos hermenêuticos e da teoria dos modelos de Miguel Reale, confira-se MARTINS-COSTA, Judith. *Direito e cultura:* entre as veredas da existência e da história, Revista do Advogado, nº 61, nov./ 2000, p. 75, "Correspondentes, no plano jurídico, às estruturas normativas verificadas nas estruturas sociais, os modelos são constantemente construídos pela experiência jurídica, distinguindo-se entre modelos jurídicos - assim provenientes das quatro fontes de produção jurídica, dotados que são de força prescritiva - e os modelos dogmáticos, ou hermenêuticos, cuja elaboração é doutrinária e cuja força é indicativa, argumentativa e persuasiva."

[16] O fenômeno é recente e não é comum a todos os países do common law, estando restrito aos Estados Unidos. Como referem Jamin e Jestaz, em alguns aspectos, a doutrina norte-americana, formada por estudos de professores, está se aproximando do papel da doutrina francesa na tarefa de orientar e de "racionalizar" as soluções jurídicas. JESTAZ, Philipe; JAMIN, Christople. La Doctrine. Paris: Dalloz, 2004, p. 11.

para muitos precedentes judiciais brasileiros, já se podendo inclusive falar em um modelo prescritivo *in fieri*. O recurso, nos julgados, aos autores estrangeiros talvez se explique pela inércia doutrinária verificada em décadas passadas. Além do mais, a utilização do direito estrangeiro como fonte direta para produção de soluções domésticas não é novidade para a tradição jurídica luso-brasileira, representando o que Clóvis do Couto e Silva denominava de Bartolismo[17].

Demonstrando um típico fenômeno de apreensão e solidificação de modelos jurídicos, o aumento paulatino da densidade doutrinária sobre a matéria, em nosso país, refletiu virtuosamente na recente produção jurisprudencial, permitindo a formação de modelos prescritivos mais coerentes[18]. O percurso foi – no que toca à responsabilidade pela perda de uma chance – de uma realimentação contínua entre a doutrina, a jurisprudência, e novamente a doutrina.

Para tentar contribuir para um maior rigor na aplicação da teoria da perda de uma chance, decidimos dedicar o presente trabalho ao estudo dos requisitos básicos da teoria, bem como à análise da recente admissão doutrinária e jurisprudencial pelo ordenamento jurídico nacional.

---

17 "As sentenças, em nosso País, desde muito tempo, decerto desde a Lei da Boa Razão, ou antes ainda, refletiam as opiniões de autores de diversos sistemas jurídicos, permanecendo assim, até mesmo após o advento de nosso Código Civil. Para a aplicação do Direito, os juízes servem-se de autores nacionais e estrangeiros, como se houvesse ainda um 'Direito Comum', supranacional. Essa orientação, em geral, não existe na Europa; e daí a espeficiente de nossas sentenças, a sua maior abertura à doutrina, que é, assim, fonte de Direito." COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Miguel Reale civilista. Revista dos Tribunais, vol. 672, 1991, p. 54. Ver também COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Revista Ajuris, vol. 40, 1987, p. 138. "Ficou, de tudo, o gosto – maior, talvez em Portugal que no Brasil, e ainda em pleno vigor em nossos dias – em argumentar com as opiniões de autores e textos estrangeiros em confronto e complementação do Direito nacional. Esse intercâmbio de ideias pode ser considerado como uma permanente recepção do Direito estrangeiro, com o que se supera o fatal imobilismo dos códigos." Judith Martins-Costa explica a origem do termo "bartolismo": "É que a importância da penetração, em Portugal, da obra dos juristas do Direito comum, testemunhada desde o século XII, tenderá a crescer mediante o recurso cada vez mais intenso às opiniões e ao método de Bartolo de Saxoferrato (1315-1357), o mais célebre dos comentaristas, justamente o que se particularizou por um singular método, qual seja o de compatibilizar os 'ensinamentos universais' com os costumes locais [...]." MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 242.

18 REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito* – para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999.

2. Principais condições de aplicação

A indenização dos prejuízos pela perda de uma chance não escapa das condições elementares de direito comum, como a prova do dano e do nexo causal. Neste sentido, é absolutamente necessário que o demandante comprove a perda da vantagem sofrida, indicando as probabilidades sonegadas pelo ato culposo do ofensor. Da mesma forma, as cortes podem impor como óbice à reparação a falta do nexo causal entre o ato culposo e o dano.

Além das condições gerais da responsabilidade civil, condições específicas para sistematizar a utilização da noção de perda de uma chance também são observadas. Deste modo, necessária a demonstração da seriedade das chances perdidas, a adequação da quantificação à álea inerente à perda da chance e a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.

2.1. Chances sérias e reais

A observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais para separar as chances potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis, dos danos puramente eventuais e hipotéticos, cuja reparação dever ser rechaçada.

Inicialmente vale ressaltar que as chances devem ser apreciadas objetivamente, diferenciando-se das simples esperanças subjetivas: um paciente que sofre de um câncer incurável pode manter suas esperanças de viver; cientificamente, porém, não existe qualquer chance apreciável de cura.

A verificação objetiva das chances sérias e reais é muito mais uma questão de grau do que de natureza[19]. Assim, somente a análise dos casos concretos possibilitará ao magistrado a verificação da real seriedade das chances. No entanto, pode-se traçar algumas características gerais, que auxiliam o aplicador do direito em um discernimento mais seguro e menos casuístico sobre a eventualidade do dano.

A jurisprudência francesa possui critérios interessantes, utilizando-se da diferenciação entre *dano presente* e *dano futuro*. Nas hipóteses de danos presentes, é possível negar (mesmo de maneira pouco freqüente) a reparação pela falta de seriedade das chances perdidas[20]. Nesse sentido é a

---

[19] CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1996. p. 10 e LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. Droit de la responsabilité, action dalloz. Paris: Dalloz, 1998, p. 212.

[20] Em uma situação de responsabilidade de advogado pela interposição de recurso intempestivo, o Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em decisão de 17 de setembro de 2003, realizou coerente análise da seriedade das chances perdidas.

decisão da Corte de Cassação que não concedeu a reparação a um cliente de uma corretora de valores pela perda da chance de ter sua carteira de ações auferido melhor rendimento, tendo em vista que foi comprovada a gestão fraudulenta da administradora. Apesar de ter sido comprovada a falha, a indenização não foi conferida, pois o mercado de ações, mesmo quando gerido por profissional diligente, é bastante imprevisível, tornando o dano meramente hipotético[21].

Nos casos de danos futuros, a existência do dano, medida por meio do critério da seriedade das chances, consiste na probabilidade que teria o autor de utilizar-se das chances em um momento futuro, e de essas chances alcançarem a vantagem almejada. Na pesquisa dessa probabilidade, tem-se em conta a proximidade temporal do momento em que ocorreu o ato danoso que extinguiu as chances e o momento em que essas chances seriam utilizadas, na obtenção da vantagem esperada[22].

Nesses casos, a jurisprudência mostra-se bem mais rigorosa para a concessão da indenização pela perda de uma chance, tendo em vista que quanto maior for o lapso temporal aludido, maiores serão as possibilidades de algum evento externo ter sido a causa da não-obtenção da vantagem

---

Diante da pouquíssima probabilidade de o recurso obter provimento de mérito, considerou que o não-conhecimento do recurso, devido à intempestividade, não representava uma chance digna de reparação. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.* Apelação Cível 70005635750. Relator: Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Julgado em 17 de setembro de 2003.

[21] Decisão de 19.02.75, Bull.crim. 1975, nº 59, p. 161. Entretanto, em mais recente acórdão da Corte de Apelação de Paris (12.04.96, in J.C.P. 1996. II. 22705, nota de Philippe Le Tourneau), foi julgado um caso extremamente semelhante que recebeu decisão distinta. Uma pessoa física intentou ação de indenização contra uma companhia que administrava fundos de ações, com a qual havia firmado contrato de gestão de carteira de ações. A carteira de ações (portfólio) do demandante sofreu uma perda de mais de 20% em menos de 9 meses, enquanto o índice "CAC 40" havia aumentado 7%. O demandante não teve sua pretensão acolhida pelas instâncias inferiores. Philippe le Tourneau, ao comentar o caso, afirma que, apesar da obrigação da empresa ser de meios, o tribunal considerou que o demandante comprovou a culpa da empresa por não ter informado de maneira eficiente o cliente sobre o desenvolvimento dos investimentos e por ter realizado operações absolutamente "amadoras" e sem coerência. Deste modo, condenou a empresa pela "perda da chance de encontrar um novo equilíbrio em uma gestão melhor supervisionada e de efetuar uma estratégia com escopo de limitar as perdas" sofrida pelo cliente. Para quantificar a indenização, a Corte fixou uma indenização arbitrária de 50.000,00 francos, bem abaixo das perdas econômicas sofridas pelo demandante. Porém acreditamos que o referido acórdão seria cassado pelo Corte de Cassação, tendo em vista que fixa a indenização sem atentar para bases técnicas. Note-se que o caráter aleatório do dano impede uma fixação coerente.

[22] Nesse sentido CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice. Paris:* Dalloz, 1996, p. 14.

esperada pela vítima, diminuindo as chances perdidas até o ponto de o dano ser considerado apenas hipotético[23].

Como exemplo da aplicação desse critério, há o caso em que a Corte de Cassação francesa cassou um acórdão de uma Corte de Apelação concessor de indenização pela perda de uma chance de auferir profissão bem remunerada para um menino de nove anos de idade, que havia sofrido um acidente por culpa de outrem; o acidente comprometera o seu outrora bom desempenho escolar e o deixara incapacitado para a realização de certas tarefas manuais. A Corte de Cassação, apesar de conceder indenização pela incapacidade parcial, negou a indenização do prejuízo advindo da perda de uma chance de obter profissão bem remunerada, tendo em vista a falta de comprovação da certeza do prejuízo e sua relação com o fato danoso[24]. Ao comentar esse aresto, afirma Yves Chartier que a Corte de Cassação já tivera oportunidade de conferir indenização pela perda de uma chance de auferir profissão bem remunerada, mas não em casos em que a vítima era um menino de apenas nove anos. Considerando esta circunstância, diz Chartier, não se poderia afirmar, com um mínimo de seriedade, que o garoto terminaria os seus estudos e teria carreira bem remunerada, pois uma gama enorme de fatores poderiam influir no seu caminho até a idade adulta[25].

Em muitos outros exemplos se evidencia a análise do *caráter sério e real das chances perdidas*, também instrumentalizado por meio do lapso temporal entre o momento da perda das chances e da sua potencial utilização, como na perda das chances de trilhar determinada carreira, em que o prejuízo só é aceito se a pessoa já efetuava estudos preparatórios nesse sentido. Em relação à perda da chance de conseguir um emprego após a aposentadoria, a Corte de Cassação francesa tem sido bastante rigorosa, devendo a vítima estar bastante perto da utilização da chance[26].

Alguns acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul auxiliaram na fixação de importantes balizas para a identificação da chance séria e real em nosso ordenamento. A apelação cível n. 70001076986, julgada em 30 de maio de 2001, decidiu um caso de invalidez de funcionário

---

[23] VINEY, Geneviéve; JOUIDAIN, *Patrice. Traité de Droit Civil.* 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, p.82.

[24] J.C.P. 1985.II. 20360 note Chartier. *Decisão proferida em 9 de novembro de 1983.*

[25] J.C.P. 1985.II. 20360 note Chartier. *Decisão proferida em 9 de novembro de 1983.*

[26] VINEY, Geneviéve; JOUIDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil.* 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 83.

público gerada por um motim em uma penitenciária do Estado. A vítima, além de outros prejuízos, demandava a perda de uma chance de auferir, no futuro, melhor posição profissional. Em bem fundamentado voto, o citado Tribunal entendeu que as chances do funcionário, que ocupava cargo comissionado, eram por demais hipotéticas[27].

Vale lembrar que, apesar do lapso temporal aludido ser de extrema importância, a análise da seriedade das chances pode ser muito mais complexa. Com efeito, pode haver hipóteses em que o lapso temporal seja dilatado, mas a indenização concedida seja elevada, tendo em vista a consideração de outros fatores que determinam a seriedade da chance. Assim, no aludido caso da perda da chance de conseguir um emprego após a aposentadoria, a vítima poderia conseguir a indenização, mesmo que ainda distante do período de aposentadoria, se demonstrasse que na sua profissão este fato é extremamente comum, abarcando a imensa maioria dos trabalhadores[28].

Oportuno fazer menção ao fato da Corte de Cassação italiana adotar, em alguns acórdãos, postura peculiar, considerando que o requisito de seriedade e certeza das chances perdidas somente seria alcançado se a vítima provasse que possuía, pelo menos, 50% de probabilidade de alcançar a vantagem esperada, isto é, que a ação do agente teria aniquilado 50% das chances da vítima alcançar seu desiderato[29]. Parece-nos bastante

---

[27] Oportuno transcrever o fragmento do voto da desembargadora relatora Mara Larsen Chechi: "A situação de Edinei não se reveste daqueles requisitos. Em primeiro lugar, o titular do cargo em comissão não tem carreira, que é atributo da organização dos cargos de provimento efetivo, conforme Lei Complementar no 10.098/94. Ademais, o autor Edinei encontrava-se na melhor posição a que suas atribuições poderiam conduzi-lo, não se vislumbrando possibilidade de ascensão a cargo de nível superior ao que exercia. É evidente que as chances, hipoteticamente perdidas, por Edinei, só podem ser consideradas no contexto do funcionalismo, já que a ação veio dirigida contra o Estado e não consta nenhum registro de que tivesse trabalhado em outra atividade privada, com possibilidade de ascensão. Assim, representaria simples exercício especulativo atribuir-lhe indenização por perda de chance na esfera privada, sem prova nesse sentido. Se do fato não resulta frustração de expectativa séria de evitar uma perda, não é possível conferir ao apelante Edinei a reparação correspondente."

[28] Georges Durry afirma que a Corte de Cassação foi muito rigorosa quando não proveu o apelo de um policial inválido que requereu a indenização pela perda de uma chance de conseguir um emprego após a aposentadoria, tendo em vista que as estatísticas mostram que uma enorme parte dos policiais exercem funções remuneradas após a aposentadoria. DURRY, Georges. L*a notion de perte d'une chance réparable.* RTDC, 1976, p.778.

[29] Nesse sentido SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil Por Perda de uma Chance. São Paulo:* Atlas. 2006, p. 31, que considera correto o entendimento manifestado na doutrina e jurisprudência italianas.

compreensível que o direito italiano tenha ficado isolado nesse entendimento, já que existem vários casos em que se pode identificar, com razoável grau de certeza, que a vítima perdeu, por exemplo, 20%, 30% ou 40% das chances de alcançar determinado objetivo. Nessas hipóteses, não teríamos nenhum argumento sólido para negar o provimento destas ações de indenização com a utilização da teoria da perda de uma chance. Por esta razão, o Enunciado do Conselho da Justiça Federal[30], recomenda: "Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos".

Além de consignar a importância da seriedade da chance perdida para a correta aplicação da teoria da perda de uma chance, o posicionamento da jurisprudência italiana restou afastado pelo conjunto de juristas presentes ao evento, já que se sublinhou que a aplicação da teoria não está adstrita a percentuais apriorísticos.

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça vem prestando especial atenção ao requisito da seriedade da chance perdida. Ao examinar caso em que o Tribunal de origem havia condenado um médico por ter feito com que a paciente, que veio a falecer, tivesse perdido uma chance de vida, tendo em vista que os cuidados na fase pré-operatória não foram adequados[31], o Ministro Massami Uyeda proveu o recurso especial, para exonerar o médico de qualquer responsabilidade, pois não

---

[30] Enunciado 444. V *Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal,* Brasília, 2011, por nós proposto e provado por unanimidade.

[31] Superior Tribunal de Justiça. REsp 1104665/RS. Rel. Min. Massami Uyeda. Julgado em 09.06.2009. Disponibilizado em 04.08.2009. Revista Forense, vol. 405 p. 449 RSTJ vol. 216, p. 464. Do voto do Relator extrai-se: "Na espécie, o Tribunal de origem, ao analisar a relação entre a conduta do profissional do médico ANTÔNIO CLÁUDIO MARQUES CASTILHO e o resultado morte causado à paciente Eracy Moura dos Santos, assim fundamentou, in verbis: "O resultado morte poderia ter sido evitado caso tivesse havido acompanhamento prévio e contínuo de cardiologista, caso tivesse havido acompanhamento médico mais próximo, no período pós-operatório? ***Não há como fazer qualquer afirmação. Mas é possível que sim***" (grifo desta Relatoria). Tal conclusão do Tribunal de origem, aliada aos fundamentos expostos, afasta a aplicação da teoria da perda da chance ao caso dos autos". Na ementa, vem bem explicitado o raciocínio, registrando-se: "(...). A chamada "teoria da perda da chance", de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável; (...)".

havia nos autos prova de que sua conduta houvesse subtraído chances sérias e reais, capazes de reverter o estado de saúde da paciente.

Com efeito, a chance cuja perda seja passível de indenização é somente aquela qualificada como "séria e real"[32] ou como "significativa ou substancial"[33]. Nesse sentido manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça ao rejeitar alegação de dano moral pela perda de uma chance requerida por proprietário de imóvel arrematado em leilão extrajudicial de imóveis[34]. A alegação dizia respeito à "perda da oportunidade de purgar a mora" e, assim, evitar a arrematação, porque os autores não haviam sido intimados pessoalmente, como determina a lei. Conquanto reconhecendo ser indispensável a intimação pessoal dos devedores acerca da data designada para o leilão do imóvel hipotecado em processo de execução extrajudicial, realizado nos termos do DL 70/66 (inocorrente, no caso), considerou-se ser "remota e inexpressiva" a chance de ser purgada a mora após a intimação pessoal dos devedores. Em outro acórdão[35], o mesmo Tribunal afastou pretensão indenizatória porque a oportunidade era "fluida" e não "real". Na espécie, restou consignado que na hipótese de condutas negligentes por parte dos advogados, a perda de direitos dos clientes delas decorrentes devem ser entendidas "a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo". A verificação da seriedade das chances perdidas é fundamental, pois uma simples perda de prazo não é capaz de gerar a automática condenação pela perda de uma chance.

Porém, em alguns casos, segundo a nossa análise, a jurisprudência brasileira utiliza-se de um critério muito rígido na análise da seriedade da chance perdida. Vale lembrar que não podemos utilizar a teoria apenas nos casos em que é praticamente certo que a vítima alcançaria a vantagem esperada, pois, nestas hipóteses, se indenizará a própria vantagem esperada, normalmente identificada com a categoria dos lucros cessantes.

---

[32] Assim, em regra, na doutrina francesa, v.g., LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. Droit dela *Responsabilité. Action Dalloz. Paris:* Dalloz, 1998 p. 212. Utilizou-se essa adjetivação em: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. São Paulo, Atlas, 2013, p. 138; e em MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações. Arts. 389 a 420. Vol. V, Tomo II. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 540.

[33] "Substancial chance", como está na decisão canadense: Hotson V. Fitzgerald (1985) Q>B>D.1; W.L.R. 1036

[34] Superior Tribunal de Justiça. *Terceira Turma.* REsp 1115687/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 18.11.2010. Disponibilizado em 02/02/2011.

[35] Superior Tribunal de Justiça. *Quarta Turma.* REsp. 1190180/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 16.11.2010. Disponibilizado em 22/11/2010.

Um dos exemplos de extremada rigidez na análise das chances perdidas ocorreu no Tribunal de Justiça do Paraná[36], que também usou o requisito da seriedade das chances perdidas para negar a reparação para a vítima que havia efetuado um curso de técnico em enfermagem cujo diploma não era reconhecido pelos órgãos oficiais. Acreditamos que, neste caso, o Tribunal citado possa ter sido muito restritivo, ao menos em uma perspectiva comparatista. Na França, por exemplo, o requisito para que a chance de se alcançar determinada profissão seja séria é exatamente o começo dos estudos específicos correspondentes. Ressalte-se que a profissão almejada pela vítima possui alto grau de empregabilidade.

2.2. A consideração da álea que afeta a chance perdida na concessão da indenização—quantificação de danos

Na quantificação do dano e para conceder a indenização, os juízes terão sempre que levar em conta a álea contida na chance perdida. Desse modo, imperioso que a indenização concedida pela perda de uma chance seja *sempre menor* do que a indenização que seria concedida pela perda da vantagem esperada, caso a perda desta estivesse em relação de causalidade com a conduta do agente[37]. Foi nesse sentido decisão da Corte de Cassação francesa ao anular a decisão da Corte de Apelação de Rennes. Esta havia concluído que a falha de um cirurgião subtraíra apenas as chances de sobreviver da vítima, tendo em vista não haver nexo causal da falha médica com a morte do paciente. Porém, a Corte de Apelação condenou o cirurgião a indenizar o dano advindo da morte do paciente. De acordo com Paul-Julien Doll, comentarista da decisão, a contradição da Corte de Rennes é flagrante: de um lado, condenou o cirurgião pela perda de uma chance de sobreviver, de outro, conferiu indenização para reparar a perda da vantagem esperada, sendo essa a sobrevivência da vítima[38]. No

[36] Tribunal de Justiça do Paraná. *Sétima Câmara Cível. AC 0511948-2.* Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Ruy Francisco Thomaz. Julgado em 16.09.2008. Votação Unânime.

[37] Nesse sentido CHARTIER, Yves. J.C.P. 1985. II, 20360, 2ª espécie; MAZEAUD, Henri; Leon, Jean; CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil.* Vol. 1. Tomo II. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998; VINEY, Geneviéve; JOUIDAIN, Patrice. Traité de Droit Civil. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998; LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. Droit de la responsabilité, action dalloz. Paris: Dalloz, 1998, p. 213.

[38] DOLL, Paul-Julien. *Gazette du Palais,* Paris, 1973, p. 630. No mesmo sentido decidiu a Corte de Cassação em 19.06.96 em Dalloz, 1998. sommaires commentés. 50 obs Claude J. Berr.

mesmo sentido manifesta-se Raymond Martin, ao analisar a cassação de um acórdão da Corte de Apelação de Bordeaux condenando um advogado que perdera o prazo recursal a pagar o valor total da causa como indenização ao seu cliente[39]; o correto seria somente responsabilizar o causídico pela perda de uma chance.

É bastante comum encontrarmos na doutrina e na jurisprudência a afirmação segundo a qual a reparação da perda de uma chance só poder ter como efeito uma «reparação parcial». Esta utilização apressada dos termos se explica (mas não se justifica) porque a avaliação do dano advindo da perda de uma chance se dá por meio da comparação com a vantagem esperada[40], cuja indenização ensejaria uma indenização "integral". Assim, se o advogado deixa de interpor um recurso em ação que versava sobre matéria controvertida, o juiz deverá indenizar apenas as chances perdidas, pois não se pode afirmar, com certeza, qual seria o resultado final da demanda. Entretanto, é o resultado final da demanda que representará o valor sobre o qual serão calculadas as chances perdidas. Desta feita, se a demanda julgada favoravelmente traria uma vantagem econômica de dez mil reais e se, antes de interpor o recurso, a vítima contava com 30% de chances de reverter a sentença que não lhe foi favorável, a indenização final pela perda da chance deverá ser de três mil reais[41].

Isso não significa de modo algum estar o dano pela perda de uma chance infenso ao princípio da reparação integral: pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral *as chances perdidas*, pois, para grande parte da doutrina e da jurisprudência, a perda de uma

---

[39] MARTIN, Raymond. J.C.P, 1998.II. 10.143.

[40] Nesse sentido o caso comentado por SAVATIER. J.C.P, 1974. II. 17643.

[41] CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice. Paris:* Dalloz, 1996, p. 15. Como bom exemplo de coerente resultado quantitativo temos a Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 7219871900. Apelante: Unibanco. Apelado: Ricardo Audi. Relator: Des. Moura Ribeiro, julgado em 27 de novembro de 2008, cujo extrato da ementa segue abaixo, "(...)Evidente responsabilidade do banco-réu, que foi negligente ao firmar e executar contrato que continha assinatura falsa - Prejuízos morais e materiais ao autor, empresário que teve obstada a concessão de crédito para o desenvolvimento de projeto em' razão da negativação do seu nome - Dano .moral que independe de comprovação - Verba indenizatória dos danos morais mantida, face à repercussão da conduta do. banco réu, da condição econômica das partes, do abalo sofrido e da quantia pela qual o autor foi demandado - Critério para,a fixação dos danos materiais que merece ser reformado em parte - Aplicação da teoria dá "perda de uma chance"- Foi tirada do autor a oportunidade de obter um provável, mas não absolutamente certo, resultado proveitoso - Indenização pela chance perdida e não pelo resultado visado - Preliminares rejeitadas - Recurso parcialmente provido" (grifos nossos)

chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada definitivamente perdida[42]. O que se pode afirmar, conforme Jean-Pierre Couturier é ser a "função chance perdida" derivada da "função vantagem esperada (dano final)", variando conforme esta varia[43], apesar de manter a sua independência.

A metodologia utilizada pela jurisprudência norte-americana guarda as mesmas linhas seguidas pelos juristas franceses. Destarte, em *Falcon v. Memorial Hospital*[44], a Suprema Corte de Michigan julgou o caso de uma gestante falecida logo após o parto, devido a uma embolia. Os peritos admitiram que a morte era imprevisível, não podendo o médico ser responsabilizado. Entretanto, conforme então comprovado, 37,5% das pessoas atingidas pelo mesmo problema sobrevivem, desde que recebam o correto tratamento médico. No caso, foi constatado que a falta de uma terapêutica correta por parte do médico retirara as chances de vida da Sra Falcon. Foi concedida indenização pelo dano, representando 37,5% do valor que seria deferido se o médico fosse considerado responsável pela morte da vítima.

Kevin J. Willging, ao comentar o caso, afirma que a quantificação do dano deve refletir a porcentagem de chances perdidas[45]. Em *McKellips v. St. Franceis Hosp*[46], a Suprema Corte de Oklahoma utilizou a mesma sistemática de quantificação de danos[47].

Apesar de grande parte dos julgados brasileiros não atentar para uma fórmula correta ou, ao menos, mais clara para a quantificação da chance

---

[42] SARGOS, Pierre. J.C.P. 1997.II.22921 e MAZEAUD, Henri; Leon, Jean; CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil*. Vol. 1. Tomo II. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998, p. 428 e ss.

[43] Nesse sentido COUTURIER, *Jean-Pierre. Dalloz*. Paris:, 1991, p. 158 e seguintes.

[44] Falcon v. Memorial Hosp., 462 N.W.2d 44, 52 (Mich.1990).

[45] WILLGING, Kevin Joseph, 1993, p. 554. "In Falcon, the Michigan Supreme Court found a solution to the problem of valuing Mrs. Falcon's loss: because the defendants in Falcon were responsible for depriving Nena Falcon of only a percentage of her chance of survival, ***the court determined that their liability should reflect that percentage.*** Therefore, because Nena Falcon had only a 37.5% chance of survival due solely to her preexisting condition, the physicians were held liable only for an identical percentage of the amount awarded under a wrongful death action."[Sem grifos no original] No mesmo sentido KING JR, Joseph H, Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine. University of Memphis Law Review, Winter, 1981, p. 1381 e ss.

[46] 741 P. 2d 467 (Okla. 1987)

[47] BRUER, Robert S. Loss of a chance as a cause of action in medical malpractice cases. Missouri Law Review, Fall, 1994, p. 983.

perdida pela vítima, alguns precedentes demonstram a preocupação com esse importante aspecto da teoria da perda de uma chance. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina[48] julgou espécie em que um policial militar aposentado irregularmente perdera a chance de galgar cargos mais importantes na carreira. O Tribunal reconheceu o aspecto probabilístico da demanda e quantificou a indenização em valor inferior ao total dos salários que ele receberia caso a promoção fosse um acontecimento certo. Na mesma linha, tem-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, deferindo indenização por dano moral e dano patrimonial em valores inferiores ao salário de vereador para um candidato que havia perdido considerável chance de se eleger devido à veiculação de notícias falsas por um rádio local[49].

Nos casos mencionados, se pode observar a utilização combinada das duas últimas condições da Corte da Cassação acima referidas: primeiramente, o fator sério e real é critério para avaliar a existência das chances perdidas; em um segundo momento, serve para medir o grau de álea contido na chance e, consequentemente, o valor final da indenização, tendo como padrão o valor da vantagem esperada[50]. Deste modo, é possível sugerir que, na análise dos casos, a chance passa pelo "plano da existência" para, posteriormente, examinar-se a probabilidade da vítima de obter a vantagem esperada. É, portanto, com a rigorosa observância das condições referidas[51] que a jurisprudência

---

[48] Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível 2007.056997-6. Relator: Des. Pedro Manoel Abreu. Julgado em 12 de fevereiro de 2010.

[49] Superior Tribunal de Justiça. *Terceira Turma*. REsp 821004/MG. Rel. Min. Sidnei Beneti. Julgado em 19/08/2010. Disponibilizado em 24/09/2010.

[50] Nesse sentido, VINEY, Geneviéve; JOUIDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998. p. 85. Nas precisas palavras de José Duclos temos "Aussi, en général, une jurisprudence constante prend en compte l'aléa inhérent à la chance perdue, ***et module l'indemnisation selon que cette chance était plus ou moins grande***. Le quantum des dommages-intérêts est donc nécessairement inférieur au profit ou à l'absence de perte que la victime aurait connu, si l'espoir légitime qu'elle nourrissait s'était finalement concrétisé. En aucun cas, la réparation ne peut égaler ce profit ou cette perte" DUCLOS, José. Le régime de la responsabilité du banquier et la décharge des cautions. J.C. P. 1984. II. 20237 observations. (grifos nossos)

[51] Não podemos deixar de registrar, a este propósito, que as contribuições mais valiosas para a quantificação das chances perdidas pela vítima advêm dos juristas da Common Law . O professor Paul Speaker, em original trabalho, publicado em 2002, propugna por um padrão de quantificação que modifica a forma de calcular o valor da chance perdida nos casos em que a causalidade parcial é chamada a depor, mas tal estudo vai além dos limites do presente trabalho. Vide: SPEAKER, Paul. The applications of the loss of a chance doctrine in class actions. Review of Litigation, Spring, 2002, e os juristas mencionados em: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. São Paulo, Atlas, 2013, pp 147 e ss.

internacional logra adequar a utilização da noção da perda de uma chance com a necessidade de certeza do prejuízo.

2.3. *Perda definitiva da vantagem esperada - A diferenciação da perda de uma chance da simples criação de um risco*

Como até aqui mencionado, a teoria da perda de uma chance é utilizada devido à impossibilidade de se saber se a "aposta", isto é, o processo aleatório, apresentaria um resultado positivo para a vítima[52]. Entretanto, a incerteza não pode subsistir em relação à perda definitiva da vantagem que a vítima esperava obter ao final do processo aleatório. Os irmãos Mazeaud asseveram que a reparação do dano pela perda de uma chance somente poderá ser concedida quando "não é mais possível esperar para saber se o prejuízo existirá ou não existirá; a realização do dano não mais depende de eventos futuros ou incertos. A situação é definitiva; nada mais vai modificá-la; por sua culpa, o réu interrompeu o desenvolvimento de uma série de fatos que poderiam ser causas de ganhos ou perdas"[53].

De fato, uma sentença judicial não poderá ser reformada depois de o recurso de apelação não ter sido conhecido por culpa do advogado que perdera o prazo de interposição, implicando o trânsito em julgado da demanda e ocasionando ao seu cliente a perda definitiva do bem da vida que esperava obter se lograsse êxito no aludido recurso; do mesmo modo o candidato a um concurso para o cargo de piloto de avião nunca mais poderá atingir a carreira profissional almejada após o acidente no qual os dois braços lhe foram amputados culposamente. Nesses dois casos se vê claramente ter sido definitivamente perdida a vantagem esperada, apesar de não se saber se ela seria alcançada sem a ocorrência do fato culposo. Portanto, pode-se afirmar que a teoria tradicional da responsabilidade pela perda de uma chance tem na perda definitiva da vantagem esperada um dos seus requisitos fundamentais[54]. Diferentemente, porém, na situação em que um aluno é impossibilitado de prestar o exame vestibular, o dano

---

[52] BORÉ, L' *indemnisation pour les chances perdus:* une forme d'appreciation quantitative de la causalite d'un fait dommageable. J.C.P, 1974, I. 2620.

[53] MAZEAUD, Jean, Leon e Heni, Traité *Theorique et pratique e la responsabilité civile*. 6. ed., Paris: Montchrestien, 1978, p. 273

[54] Alguns doutrinadores provenientes do sistema da Common Law incluem na teoria "loss of chance" casos nos quais a vantagem esperada não está definitivamente perdida.

será a perda de uma chance de não ter passado em um único exame determinado, pois o aluno poderá, no futuro, "tentar" a sua chance em um ou em vários outros certames até conseguir a vantagem esperada: lograr a aprovação no vestibular.

Há hipóteses, contudo, em que a constatação da real abrangência do prejuízo já não é tão simples. Com efeito, a Corte de Cassação francesa decidiu demanda na qual um segurado postulara indenização pelo fato de o corretor de seguros contratado tê-lo feito assinar uma apólice que continha várias cláusulas limitativas do dever de indenizar, pela seguradora, mesmo sem ter ocorrido nenhum sinistro. A Corte concluiu pelo caráter hipotético do dano, considerando: se não ocorresse o sinistro e, consequentemente, não aflorassem as hipóteses de isenção de responsabilidade da seguradora, não adviria qualquer dano para o segurado[55]. Assim, somente se, no prazo de cobertura securitária, ocorresse o sinistro o segurado poderia perceber alguma espécie de prejuízo derivado da cláusula limitativa do dever de indenizar. De outro modo, qual o dano decorrente da cláusula poderia ocorrer, na inexistência de qualquer sinistro?

Note-se que o caso por último apresentado guarda uma diferença essencial em relação aos demais, visto que o dano ainda poderia vir a ser observado *se ocorresse*, conjuntamente, o sinistro e a hipótese de não responsabilização da seguradora. Porém, nesse caso, estar-se-ia indenizando um dano hipotético, dano que poderia vir a ocorrer - mas não teria ocorrido. É importante distinguir essa situação - caracterizada como uma simples *criação de riscos*[56] - daquelas objeto da perda de uma chance. Nos

---

Nesse sentido ver PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance*. São Paulo, Atlas, 2013, pp. 123 e ss.

[55] Decisão de 20 de janeiro de 1930, em: Gaz. Pal. 1930. 1. 413.

[56] Nesse sentido, LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. *Droit de la responsabilité, action dalloz. Paris:* Dalloz, 1998. p. 213. "On prendra soin de distinguer la perte d'une chance d'un risque qui peut survenir. Les choses sont déjà suffisamment complexes pour ne pas les embrouiller encore par un vocabulaire ambigu. Ansi, il est maladroit de dire (bien que correct selon l'Académie française) qu'à la suite d'un accident, il y a "des chances" que les parents de la victime tombent dans le besoin et ne puissent plus obtenir des secours alimentaires: non il y a un risque que cette situation se présente!" No mesmo sentido KING JR, Joseph H, Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine. University of Memphis Law Review, Winter, 1998, p. 502. "Where the defendant's tortious conduct created a risk of future consequences, the operation of the loss-of-a-chance doctrine should be suspended until the harmful effects actually materialize." Para um estudo mais aprofundado sobre a responsabilidade pela criação de riscos ver PETEFFI DA SILVA, 2013, pp.115-137; e THOMPSON, Melissa Moore, Enhanced Risk of

casos de simples aumento de riscos, a vítima também se encontra em um processo aleatório que visa alcançar uma vantagem ou evitar um dano. Entretanto, a vítima ainda não sofreu o prejuízo derradeiro, tampouco perdeu a vantagem esperada de forma definitiva, apenas, devido à conduta do réu, aumentaram os riscos de ocorrência de uma situação negativa. Porém, é impossível saber se em momento futuro a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima será efetivamente observada[57].

Imperioso ressaltar que, quando falamos em responsabilidade pelo risco criado, não estamos nos referindo à responsabilidade civil objetiva, que fundamenta a reparação na teoria do risco, e não na da culpa. Com efeito, a grande maioria dos casos até aqui citados apresenta a conduta culposa do agente como requisito para a reparação. O que se está a especular é se a simples criação de uma situação perigosa, ou seja, um risco criado (muitas vezes ocasionado por uma conduta culposa), poderia, ou não, constituir o objeto de uma ação de reparação.

Não fazem parte do conteúdo deste singelo estudo maiores aprofundamentos a respeito da responsabilidade sobre criação de risco. Ainda assim parece relevante compreender as suas características básicas para bem diferenciar a teoria da perda de uma chance de algumas situações limítrofes.

3. O transplante do modelo, e as suas vicissitudes

Apontadas até aqui as condições mais importantes para a correta aplicação da teoria da perda de uma chance, alicerçando o que entendemos ser o modelo doutrinário a ser seguido, cumpre demonstrar o grau de aceitação desse modelo pela jurisprudência.

3.1. Aceitação da teoria da perda de uma chance na jurisprudência brasileira

O momento atual é caracterizado pela ampla aceitação e utilização da teoria da perda de uma chance pelos tribunais pátrios, principalmente aqueles situados nas Regiões Sul e Sudeste do Brasil. Vale lembrar que esse fato é recente, sendo que a grande maioria dos julgados que

---

Disease Claims: Limiting Recovery to Compensation for Loss, Not Chance. North Carolina Law Review, vol. 72, 1994, p. 453.

[57] PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. São Paulo, Atlas, 2013, p. 117.

se utilizam da teoria foi prolatada no transcorrer da última década. O Superior Tribunal de Justiça custou a utilizar a teoria da perda de uma chance de maneira "consciente", ou seja, vinculando os casos concretos aos princípios e requisitos da teoria e acatando, dessa forma, o modelo doutrinário.

Em meados da década passada, um acórdão paradigmático foi julgado pelo STJ. É amplamente conhecido como o "caso do Show do Milhão", sendo este espécie de concurso televisivo no qual os candidatos deveriam acertar determinadas perguntas. No julgamento do caso, as premissas da teoria da perda de uma chance foram notadas[58]. Mesmo silenciando sobre os requisitos e as particularidades da teoria, o Tribunal acatou a tese da defesa, que alegava ter a vítima tido a possibilidade de lograr êxito na última questão do programa, chance que lhe havia sido suprimida pelo fato de uma das questões não ter, deliberadamente, resposta possível. Como o obstáculo final consistia em uma questão de múltipla escolha, contendo quatro opções, poder-se-ia dizer, estatisticamente, que a vítima possuía 25% de chances de ganhar os R$ 500.000,00 e, portanto, sua chance valeria R$ 125.000,00.

Mais atual é a decisão, digna de aplausos[59], que apreciou um caso de chance perdida pela falha do causídico em apresentar recurso tempestivo.

---

[58] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 788.459/BA. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 08 de novembro de 2005. Nova decisão, recentíssima, em caso análogo, reforça a posição da Corte, nesse sentido ver Superior Tribunal de Justiça . EDcl em AgRg 1.196.957/DF, Relatora Mininstra Maria Isabel Gallotti, Julgado em 10.04.2012. Do relatório do primeiro julgado, pelo Min. Fernando Gonçalves, extrai-se: "Cuida-se de ação de indenização proposta por Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, perante a 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador - Bahia - contra BF Utilidades Domésticas Ltda, empresa do grupo econômico "Sílvio Santos", pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido quando de sua participação no programa "Show do Milhão", consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais. Expõe a petição inicial, em resumo, haver a autora participado da edição daquele programa, na data de 15 de junho de 2000, logrando êxito nas respostas às questões formuladas, salvo quanto à última indagação, conhecida como "pergunta do milhão", não respondida por preferir salvaguardar a premiação já acumulada de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), posto que, caso apontado item diverso daquele reputado como correto, perderia o valor em referência. No entanto, pondera haver a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda, em procedimento de má-fé, elaborado pergunta deliberadamente sem resposta, razão do pleito de pagamento, por danos materiais, do quantitativo equivalente ao valor correspondente ao prêmio máximo, não recebido, e danos morais pela frustração de sonho acalentado por longo tempo."

[59] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.079.185/MG Relatora: Ministra. Nancy Andrighi. Julgado em 11.11.2008.

A importância desse julgado é inegável, pois bem aprecia as condições e os efeitos da aplicação da teoria da perda de uma chance. A conclusão é que o autor da demanda não faz jus à indenização por danos patrimoniais, tendo em vista o bem da vida (vantagem esperada) almejado na demanda judicial patrocinada pelo réu ter sido alcançado em demanda posterior. Ademais, o acórdão ainda deixa absolutamente claro não estar a teoria da perda de uma chance circunscrita à seara dos danos morais, podendo, em tese, ser considerada como dano patrimonial.

Em que pese seguir-se, nessas decisões, o bom caminho, atento aos requisitos exigidos pela teoria da perda de uma chance, em outras ocasiões - muito provavelmente pela ausência, por longos anos, de um modelo doutrinário a oferecer fundamentos sólidos à hipótese – são verificados alguns problemas.

3.2. *As vicissitudes do transplante: os julgados e suas idiossincrasias*

A natureza do "dano chance perdida" será a mesma do "dano vantagem esperada": se a vítima esperava ganhar, ao final de uma demanda judicial, R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a perda da chance terá, evidentemente, natureza patrimonial. Do contrário, se a vantagem esperada pela vítima, ao final da demanda judicial, fosse obter a guarda dos filhos, o dano terá caráter extrapatrimonial. Infelizmente, porém, a jurisprudência, consoante linha bastante difundida, nem sempre parece seguir esse raciocínio essencial[60].

Encontra-se bom exemplo do equívoco acima apontado em manifestação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando julgou demanda proposta por pessoa jurídica contra seu antigo advogado, visto que este havia perdido a oportunidade de recorrer de uma sentença proferida em uma reclamatória trabalhista, devido à intempestividade do recurso interposto[61]. O Relator afirmou: "estabelecida a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade e estabelecido o resultado prejudicial, demonstrado está o dano moral, haja vista que, segundo a doutrina majoritária, o dano moral advém do próprio fato". O fato de a autora da referida demanda ser pessoa jurídica é importante,

[60] Nesse sentido ver PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance. São Paulo, Atlas, 2013, pp. 207-216.

[61] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível no 2003.001.19138. Relator: Des. Ferdinaldo Nascimento. Julgado em 7.10.2003.

pois, mesmo o Código Civil prevendo a possibilidade de se indenizar o dano moral sofrido por pessoa jurídica[62] indene de dúvidas que tal reparação somente ocorre em casos bem específicos, advindos da lesão à chamada honra objetiva. Portanto, além da dificílima tarefa de imaginar a existência de dano moral na espécie, certa é a existência de dano patrimonial (representado pela condenação pecuniária na demanda trabalhista) decorrente da chance perdida, o que foi ignorado pelo julgado. Em outro caso, porém, decidido no mesmo Tribunal[63], a indenização por dano moral foi denegada, alinhando-se com o entendimento expresso no Enunciado 444 da V Jornada de Direito Civil[64].

Sobre o mesmo tema - isto é, a definição da natureza da chance perdida -, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão[65] já antes citado sublinhou a necessidade de se garantir a correta definição da natureza

---

[62] Código Civil, art. 52 c/c art. 186. Ainda: *Superior Tribunal de Justiça*. Súmula 227.

[63] Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível no 2008.001.25582. Relator: Des. Nametala Pacheco Jorge, julgado em 25.06.2008. "*Civil. Advogado. Responsabilidade.* Contrato de prestação de serviços. Ação de despejo proposta em face de pessoa jurídica. Sentença de procedência do pedido. Apelação interposta por intermédio de petição desprovida de assinatura. Intimação do causídico para regularizar a peça recursal. Inércia. Recurso não recebido. Trânsito em julgado da decisão de desalijo. **Perda** de **uma chance.** Dano moral não configurado. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227 do STJ), contudo, somente por afronta a sua honra objetiva, vale dizer, a reputação que desfruta perante terceiros, de modo a afetar o seu bom nome no mundo civil e comercial em que atua. A **perda** de **uma chance,** contudo e em linha de princípio, somente tem o condão de afetar a dignidade humana, ou seja, a só frustração da justa expectativa de ter sua pretensão recursal apreciada pela instância superior, em tese, interfere no comportamento psicológico da parte, causando-lhe angústia, aflições e desequilíbrio em seu bem estar. Relaciona-se, assim, ao dano moral inerente às pessoas naturais, mas em nada afeta o conceito que a pessoa jurídica goza no seio da comunidade. Não há, pois, falar em dano moral. Sentença reformada."

[64] Enunciado 444. "Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

[65] Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp. 1190180/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 16.11.2010. Disponibilizado em 22/11/2010. Extrai-se da ementa do referido julgado: "3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.".

jurídica da chance perdida, demonstrando a inadequação de conferir indenização sob o manto do dano moral para prejuízos de natureza evidentemente patrimonial.

Como se pôde notar, a identificação dos danos extrapatrimoniais como única manifestação da teoria da perda de uma chance é um dos principais problemas evidenciados pela análise jurisprudencial, como se a porta larga do "dano moral" a tudo deixasse entrar. Outras idiossincrasias podem ser identificadas nos tribunais pátrios: a confusão conceitual existente entre a indenização das chances perdidas e a indenização da própria vantagem esperada pela vítima, que seria auferida caso esta lograsse êxito ao final do processo aleatório em que se encontrava, é um dos principais obstáculos.

Destarte, fragmentos de alguns acórdãos[66] parecem indicar que a teoria da perda de uma chance estaria sendo utilizada para suavizar o ônus da prova do nexo de causalidade entre a conduta do réu e a perda da vantagem esperada, normalmente identificada com a categoria dos lucros cessantes. Essa orientação pôde ser notada no aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[67], em que o réu foi impedido de vender sua quota-parte de um caminhão porque este havia sido, integral e equivocadamente, alienado para um banco. A teoria da perda de uma chance foi usada para garantir a indenização, mesmo as perdas financeiras sofridas pela vítima se encaixando naquilo que ela "razoavelmente deixaria de ganhar", hipótese típica, portanto, de lucros cessantes.

O avançar deste entendimento seria um duro golpe na interessante caminhada dogmática acerca da perda de uma chance em nosso ordenamento, pois seria confundida com a categoria dos lucros cessantes, já tão bem delimitada no art. 402 do Código Civil e tão bem trabalhada pela doutrina e pela jurisprudência. Devemos ressaltar que a noção de perda de uma chance somente pode ser utilizada quando *não existe* causalidade necessária entre o fato danoso e a perda da vantagem almejada pela vítima. Neste sentido, também é considerada abusiva a utilização da perda de uma chance no caso em que um notário, por sua negligência, deixara de efetuar, tempestivamente, a averbação da partilha dos bens de um casal, ocasionando a penhora dos bens de um dos cônjuges pelos

---

[66] Para uma completa análise dos acórdãos que suscitam a falta de clareza conceitual aqui aventada ver PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance.* São Paulo, Atlas, 2009, pp. 203-208

[67] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. *Apelação Cível no 70001897719. Relator:* Des. Mara Larsen Chechi. Julgado em 9.10.2002.

credores do outro cônjuge. Ora, nesse caso a falha do notário foi muito além da subtração de uma simples chance, constituindo-se como *conditio sine qua non* para o aparecimento do dano sofrido pela vítima, devendo gerar responsabilidade integral pela perda do patrimônio[68].

Felizmente, já se pode afirmar que muitos dos acórdãos mais recentes estão aperfeiçoando a jurisprudência brasileira, livrando-a das idiossincrasias mais marcantes.

4. Conclusão

Como argutamente observou Rui Cardona Ferreira, "*a evidência da utilidade prática da perda de chance é, justamente, o seu maior inimigo*"[69].

A observação do professor lusitano atesta que a grande aplicabilidade prática da teoria da perda de uma chance e o sentido de equilíbrio e justiça que emana da sua utilização em relação a casos muitas vezes complexos faz aflorar – em países de tradição recente como a Itália e, ajunto eu, o Brasil -- uma aplicação "meteórica" do instituto, destituída de fundamentação teórica sólida.

Durante o presente trabalho analisou-se, de maneira sintética, os requisitos de aplicação da teoria da perda de uma chance, como a seriedade das chances perdidas, a consideração da álea na quantificação da chance perdida e a perda definitiva da vantagem esperada, que constituem, em nosso sentir, os fatores que podem conferir a referida solidez teórica necessária para uma correta aplicação do instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

As considerações sobre as idiossincrasias observadas na aplicação prática da teoria da perda de uma chance, por nossos tribunais, revela certo divórcio com a recente doutrina produzida no país. Entretanto, o inegável avanço dos recentes posicionamentos jurisprudenciais, com destaque para o Superior Tribunal de Justiça, comprova a importância e a influência do incipiente modelo hermenêutico nacional.

Referências

BORÉ, Jacques. L' indemnisation pour les chances perdus: une forme d'appreciation quantitative de la causalite d'un fait dommageable. J.C.P, 1974, I. 2620.

---

[68] JOURDAIN, Patrice. *Perte d'une chance:* une nouvelle forme d'abus de l'utilisation de la notion pour réparer un préjudice certain. R.T.D.C., Paris, 1994. p. 110.

[69] FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Uma Chance.* Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 198

BRUER, Robert S. Loss of a chance as a cause of action in medical malpractice cases. *Missouri Law Review*, Fall, 1994., p. 971.

CARNAÚBA, Daniel. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.

CHABAS, François. La perte d'une chance en droit français. *Palestra inédita proferida na Faculdade de Direito da UFRGS*, em 26 de maio de 1990.

CHARTIER, Yves. *La réparation du préjudice*. Paris: Dalloz, 1996.

______. *J.C.P.*, 1985, II. 20360.

COUTO E SILVA, Clóvis do. Miguel Reale civilista. *Revista do Tribunais*, nº 672, p. 54 e ss.

______. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista da Ajuris*, vol. 40, p. 138 e ss.

COUTURIER, Jean-Pierre. *Dalloz*. Paris1991.

BERR, Claude. J. sommaires commentés *Dalloz*, 50, 1998. sommaires commentés.

DOLL, Paul-Julien. *Gazette du Palais*, Paris, 1973.

DUCLOS, José. Le régime de la responsabilité du banquier et la décharge des cautions. *J.C.P.*, 1984. II. 20237. Observations.

DURRY, Georges. La notion de perte d'une chance réparable. *RTDC*, 1976, p.778 e ss.

FERREIRA, Rui Cardona. *Indemnização do Interesse Contratual Positivo e Perda de Uma Chance*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

GOYER III, James L.; GALE III, Fournier J. Recovery for Cancerphobia and Increased. Risk of Cancer. *Cumberland Law Review*, vol. 15, 1985., p. 723.

JOURDAIN, Patrice. Perte d'une chance: une nouvelle forme d'abus de l'utilisation de la notion pour réparer un préjudice certain. *R. T.D. C.*, Paris, 1994, p. 110 e ss.

KING JR., Joseph H. Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine. *University of Memphis Law Review*, Winter, 1998.

______. Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences, *Yale Law Journal*. vol. 90, 1981, p.1353.

LAPOYADE DESCHAMPS, Christian. *Dalloz*. 1972, p. 669 e ss.

LARROUMET, Christian. *Dalloz*. 1980.I.R., p. 409 e ss.

LE TOURNEAU, Philippe; CADIET, Loic. *Droit de la responsabilité*, action dalloz. Paris: Dalloz, 1998.

______. ______. *J.C.P.* 1970. II. 16456.

______. ______. *J.C.P.* 1996. II. 22705.

MAKDISI, John. Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based On Probability. *North Carolina Law Review*, vol. 67, 1989, p. 1063.

MARTIN, Raymond. *J.C.P.* 1988 II. 10143.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*: Do Inadimplemento das Obrigações. Arts. 389 a 420. Vol. V, Tomo II. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

______. Direito e cultura: entre as veredas da existência e da história. *Revista do advogado*, nº 61, nov./ 2000.

______. *A boa-fé no Direito Privado:* sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZEAUD, Henri; Leon, Jean; CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil*. Vol. 1. Tomo II. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998.

MAZEAUD, Jean, Leon e Heni. *Traité Theorique et pratique e la responsabilité civile*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1978.

MEDINA ALCOZ, LUIS. *La teoria de la perdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños publico y privado*. Madrid: Civitas, 2007.

MOTA PINTO, Paulo. Perda de uma chance processual. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Vol. II. Coimbra: Almedina. 2016.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003.

______. *Direito das Obrigações*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

______. A responsabilidade civil pela perda de uma chance e as condições para a sua aplicação. In DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord). *Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil*. Vol. 5. São Paulo: Método, 2006, p.443-461.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito:* para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARGOS, Pierre. *J.C.P.* 1997.II.22921.

SAVATIER, René. *J.C.P.*, 1966. 14756.

______. *J.C.P.* 1974. II. 17643.

SAVI, Sergio. *Responsabilidade Civil Por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas. 2006.

SPEAKER, Paul. The applications of the loss of a chance doctrine in class actions. *Review of Litigation*, Spring, 2002, p. 350.

THOMPSON, Melissa Moore. Enhanced Risk of Disease Claims: Limiting Recovery to Compensation for Loss, Not Chance. *North Carolina Law Review*, vol. 72, 1994., p. 453.

VINEY, Geneviéve; JOUIDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998. v.:Les conditions de la responsabilité.

WILLGING, Kevin Joseph. Falcon v Memorial Hospital: A Rational Approach to Loss-of-Chance Tort Actions. *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Spring, 1993.

Ainda sobre a emancipação do dano temporal – pela valorização jurídica do tempo humano

Gustavo Borges[1]
Maurilio Casas Maia[2]

1. Introdução[3]

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem travado discussões sobre a possiblidade de compensação pecuniária da perda indevida de tempo

---

[1] Pós-Doutor em Direito Civil, com bolsa de pesquisa PNPD/CAPES, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2014). Doutor em Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2013). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2007). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2005). Pós-graduação pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS (2003). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (2002). Atualmente, é Professor da Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense e da Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter. Parecerista em diversas revistas. Participante em diversos projetos de pesquisa vinculados à PUCRS e UFRGS. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania - NUPEC, na UNESC. Autor de diversos trabalhos científicos desenvolvidos nas áreas do Direito e da Medicina. Tem experiência no Direito, com ênfase em Direito Civil e Processual Civil, com atuação acadêmica nas áreas: Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Consumidor, Responsabilidade Civil, Contratos e Direito Médico. Advogado e parecerista em Direito Médico.

[2] Doutorando em Direito Constitucional e Teoria Política (UNIFOR) e Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Pós-graduado *lato sensu* em "Direitos Civil e Processual Civil" e em "Direito Público: Constitucional e Administrativo". Professor de Teoria Geral do Processo (TGP) e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM) e Defensor Público estadual no Amazonas (DP--AM). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Colunista no sítio eletrônico Empório do Direito. Ex-assistente jurídico de desembargador (TJ-AM) e ex-advogado privado.

[3] O presente artigo representa atualização e ampliação do seguinte artigo: BORGES, Gustavo. CASAS MAIA, Maurilio. Dano temporal: por sua emancipação. In: ______. ______. *Dano temporal*: o valor jurídico do tempo. Florianópolis: Tirant, 2018, p. 313-329. Tal obra, atualmente se encontra em sua segunda edição (2019).

ocorrida no seio das relações de consumo. A 2ª turma (REsp n. 1.402.475[4]) e a 3ª turma (REsp n. 1.737.412[5]) do STJ já consideraram a ocorrência de dano moral *coletivo* em decorrência da demora em fila bancária, enquanto a 4ª turma (REsp n. 1.647.452[6]) afastou a ocorrência de dano moral em caso de lesão individual ao tempo do consumidor. Os julgados aqui citados caracterizam bem a discussão entre fornecedores e consumidores sobre a tutela da extensão temporal da vida humana.

A celeuma sobre a compensação em razão da perda indevida de tempo também é pauta em tribunais estaduais. Em 17/12/2018, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) *cancelou* o enunciado n. 75[7] de sua súmula, o qual era um símbolo da "jurisprudência do mero aborrecimento" que representava, na prática, um grande obstáculo à reparação integral das lesões sofridas pelo consumidor, inclusive as lesõe de natureza temporal. Noutro passo, também em recentes julgados, o Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM)[8]-[9] proferiu acórdãos nos quais enfatizava a perda de tempo (dano temporal) enquanto dano extrapatrimonial e bem com valor jurídico[10]: "(...) **O tempo é um elemento de importância na sociedade contemporânea**, de

[4] STJ, REsp 1402475/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, T2, j. 9/5/2017, DJe 28/6/2017.

[5] STJ, REsp 1737412/SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, T3, j. 5/2/2019, DJe 8/2/2019.

[6] STJ, REsp 1.647.452/RO, Rel. Luis Felipe Salomão, T4, j. 26/2/2019.

[7] Enunciado n. 75 da Súmula do TJ-RJ: "O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte". [Cancelado em 17/12/2018].

[8] Com semelhante redação: "(...) 2. **O tempo é um elemento de importância na sociedade contemporânea**, de modo que o desrespeito a prazos na entrega de um bem infungível, de alto valor no mercado e útil ao consumidor **enseja-se por reputação *juris tantum* dano extrapatrimonial** (...)". (TJAM, Apelação Cível n. 0258619-02.2010.8.04.0001, Rel. Cláudio Roessing, 3ª Câmara Cível, j. 5/12/2017).

[9] No mesmo sentido: "APELAÇÕES CÍVEIS INTERPOSTOS POR AUTOR E RÉU. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DEMORA NO CONSERTO DE PRODUTO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 18 DO CDC. **DESCASO COM O TEMPO DO CONSUMIDOR**. VALOR COMPATÍVEL COM A EXTENSÃO DO DANO. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS". (TJ-AM, Apelação Cível n. 0255718-32.2008.8.04.0001, Rel. Claudio Roessing, 3ª Câmara Cível, j. 25/6/2018).

[10] Sobre o tema "valor jurídico do tempo", vide a coletânea vencedora do Prêmio "Ada Pellegrini Grinover" (BRASILCON, 2018) de melhor obra coletiva: Borges, Gustavo Silveira. Casas Maia, Maurilio. *Dano temporal*: o valor jurídico do tempo. Florianópolis: Tirant, 2018.

modo que o desrespeito a prazos na entrega de um bem infungível, de alto valor no mercado e útil ao consumidor enseja-se por reputação juris tantum **dano extrapatrimonial**".[11]-[12]

As exemplificações a partir das jurisprudências mencionadas, e a ênfase na tutela jurídica do tempo, não são despropositadas. Com efeito, o tempo é uma das temáticas mais estudadas e trabalhadas, seja pela ciência, seja pela poesia, seja pelas crenças que o envolvem. Explicar o que é o tempo é, ao mesmo tempo, tarefa fácil e, paradoxalmente, se mostra um encargo quase infactível. No dizer de Elias (1998, p. 7), "*quando não me perguntam sobre o tempo, sei o que ele é. Quando me perguntam, não sei.*"

O ciclo da vida, nesse sentido, nos apresenta este componente irremovível. Uma barreira intransponível a todos desde o momento da concepção. Nascemos fadados a participarmos, mesmo sem querer, de uma corrida contra o tempo. Ao final, um limite, uma fronteira insuperável.

Esta percepção do transcurso temporal e a consciência da finitude da vida é, conforme Marques e Miragem (2014, p.215), sem pestanejar, *a maior vulnerabilidade de todos os seres humanos*. A morte é, portanto, talvez a única certeza afirmável sobre a vida. O sentimento de imortalidade que envolve os seres humanos faz com que muitos relutem em aceitar que há, inexoravelmente, um estágio final e instransponível à vida (BORGES, 2006, p.159). Este limite temporal é, portanto, inevitável, como se bem demonstra, matematicamente, a expectativa média de vida do brasileiro[13] medida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Nem a ciência, notadamente a física, conseguiu, mesmo que de forma artificial, contornar esta complexa, e ao mesmo tempo tão simples, questão

---

[11] TJ-AM, 3ª Câmara Cível, rel. des. Cláudio Roessing, Apelação Cível n. 0713326-78.2012.8.04.0001, j. 13/11/2017, d. 4/12/2017, p. 5/12/2017.

[12] Para conferir comentários sobre o referido acórdão, vide: (1) ALBUQUERQUE, Luís Márcio Nascimento. CASAS MAIA, Maurilio. A perda indevida de tempo é dano extrapatrimonial no direito do consumidor: comentários à Apelação Cível 0713326-78.2012.8.04.0001 (TJ-AM). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 990, p. 511-526, Abr. 2018; (2) Bergstein, Laís. TJAM - Apelação 0713326-78.2012.8.04.0001: Comentário. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 116, p. 517-521, Mar.-Abr. 2018.

[13] Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ***em 2015, a expectativa de vida do brasileiro subiu para 75,2 anos***. Foi um aumento de 4,7 anos em relação à de 2000, que era 70,5 anos. Brasil. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Tábuas completas de mortalidade: 2013*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2014/defaulttab_xls.shtm > Acesso em: 02 jul. 2017.

do tempo. No transcurso da vida, então, pode-se dizer que vivenciamos em uma espécie de zona desconhecida, cinzenta, na fronteira do *presente,* ou, como alude Bhabha (2005), em um *entre-lugar.*

Ocorre que o tempo não se deixa ver, tocar, ouvir saborear nem respirar como um odor, pelo menos até os dias presentes. (Elias, 1998, p. 7). Nesse sentido, é possível questionar: o tempo deve ser concebido como uma régua linear e corrente de "evolução" do ser humano, a partir da qual podemos categoricamente demarcar o passado, o presente e o futuro? Podemos confiar no tempo cronológico e, a partir dele, de forma regressiva, contarmos os dias, as horas, os minutos e os segundos até o suspiro final? Vivemos, talvez, em um presente estendido e agudizado?

Assim, em primeiro lugar, apresentam-se ponderações sobre a análise do tempo social dinâmico na sociedade pós-moderna, contextualizando e enfrentando a questão da intensificação e alteração da percepção da passagem de um tempo estático, moroso, para um tempo social dinâmico e ativo.

Após algumas exposições acerca do tempo dinamizado, demonstram-se os seus reflexos na esfera jurídica, devendo exaltá-lo à categoria de "valor jurídico" a ser tutelado pelo Direito.

Ainda, lança-se e defende-se a emancipação do dano temporal no direito brasileiro em relação aos danos morais como uma categoria que flexibiliza a taxinomia tipológica dos danos extrapatrimoniais.

Tais reflexões pretendem responder às seguintes indagações: como deve ser compreendido o tempo social dinâmico na sociedade contemporânea? O tempo pode ser considerado como um valor jurídico passível de indenização em face da sua perda/desperdício (dano temporal)? Tal fato pode ser originário de uma obrigação de indenizar por meio do denominado dano temporal? E, por derradeiro, o dano temporal merece ser emancipado e valorado juridicamente como uma categoria apartada dos danos morais?

Estas persistentes indagações envolvendo o tempo, mais precisamente do tempo como valor jurídico, tem sido objeto de algumas pesquisas inovadoras, mas o Direito ainda não lhe deu a devida e merecida atenção.

É possível detectar, sem dúvida, um enorme desafio a enfrentar. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo sobre o tema do tempo como valor jurídico capaz de ensejar uma indenização por dano temporal, espécie de dano emancipado dos danos

morais em sentido estrito, com lastro na dor psicológica – como já se vem reclamando doutrinariamente[14]-[15].

Por fim, o presente ensaio é relevante por se tratar de uma preocupação presente na sociedade pós-moderna, qual seja a de se propiciar meios para que as pessoas sejam indenizadas em razão do tempo de vida indevidamente desperdiçado.

2. O tempo social dinâmico na sociedade pós-moderna

Desde a Idade Média, passando pela Modernidade, e aportando no que os autores denominam de *Pós-Modernidade*, nunca houve, historicamente, uma mudança tão drástica de percepção dos sentidos dos seres humanos como no presente momento, o que refletiu necessariamente na forma de se conviver com o tempo.

As ditas ciências duras, notadamente, a física e a matemática, forneceram padrões de suporte teórico para a tentativa de compreensão deste fenômeno padronizado pela sociedade que é o tempo do relógio, o tempo cronológico. É perceptível o rompimento da barreira do tempo e do espaço, de modo que respostas absolutas decorrentes da racionalidade cartesiana de decomposição de categorias complexas em simples explicação da realidade não mais puderam ser aceitas diante da complexidade na qual a sociedade contemporânea está imersa.

Foi, predominantemente, a partir dos escritos Einstein[16] que se pôde compreender o universo como curvo – estando em expansão –, o que

---

[14] BORGES, Gustavo. CASAS MAIA, Maurilio. Dano temporal: por sua emancipação. In: Borges, Gustavo Silveira. Casas Maia, Maurilio. *Dano temporal*: o valor jurídico do tempo. Florianópolis: Tirant, 2018, p. 313-329.

[15] "À conta do exposto, está na hora de se aprofundar o debate sobre o tema e emancipar, de uma vez por todas, o instituto do dano temporal". (SOUZA, Heder Rubens Silveira e. Opinião: Chegou a hora de emancipar o dano temporal e aprofundar os debates sobre ele. Revista Consultor Jurídico de 3 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-03/heder-souza-chegou-hora-emarcipar-instituto-dano-temporal>. Acesso: 21 Jul 2018.

[16] Gauer traz o exemplo, "talvez o mais emblemático, de como se foi impondo a convicção de um déficit de previsibilidade do caminho da ciência, encontra-se no papel desempenhado pelas teorias de Einstein. (...) Mas, fundamentalmente, quando Einstein, constatando a impossibilidade do observador estabelecer a ordem temporal dos acontecimentos no espaço – não havendo na natureza velocidade superior à da luz, para medir a velocidade faz-se necessário conhecer simultaneidade dos acontecimentos - põe em dúvida o caráter absoluto do tempo e do espaço, ele rompe

propiciou a emergência de questões acerca da relatividade do tempo, segundo a teoria da relatividade geral, expondo a gravidade não propriamente como uma força (como aludido na lei de Newton), mas como uma consequência da curvatura do espaço-tempo.

Os avanços tecnológicos ditados pela *globalização*[17] atingem a todos indistintamente e exercem influência sobre o tempo, mais precisamente sobre a assimilação do seu transcurso. Na esfera desta *sociedade do consumo* também é possível identificar a marca indelével do tempo, pois diferentemente de outros momentos pretéritos, hodiernamente o prazer se restringe principalmente ao ato de consumir, não havendo mais tanto deleite na ideia de durabilidade, mas, tão-somente a fantasia de consumir esgotando no menor tempo possível. Assim, como observa Baudrillard (1995, p. 134-135), o que consumimos é apenas a representação dos objetos, onde:

> a publicidade (e o restante da *mass media*) não nos ilude: encontra-se para lá do verdadeiro e do falso, como também a moda está para lá do feio e do belo, ou como o objeto moderno, na sua função de signo, se situa para lá do útil e do inútil.

Assim, os cidadãos hodiernos estão inseridos no período pós-moderno, um tempo complexo e instável, com a imposição de um forte ritmo social de tempo. Ainda nesta incipiente convivência com a complexidade e a fluidez (Bauman, 1999), a sociedade pós-moderna migra do deslocamento para a fixação no espaço. Contudo, ao revés, mostra-se cada vez mais capaz de vagar velozmente no tempo, sendo a *internet* um claro exemplo disso.

A tecnologia pode ser considerada a mola propulsora do *tempo social dinâmico* compartilhado contemporaneamente na complexa sociedade pós-moderna. É necessária a consciência de que a própria vida flui nesse tempo.[18] O homem só vê a matéria, mas o tempo

---

com a cosmovisão moderna." (Gauer, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas.* Lumen Juris, 2004, p. 5).

[17] Alude Bauman que "o significado mais profundo transmitido pela idéia de globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle. De uma comissão diretora, de um gabinete administrativo". (Bauman, Zigmunt. *Globalização: as conseqüências humanas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 67).

[18] Segundo Elias "Os relógios são processos físicos que a sociedade padronizou, decompondo-os em seqüências-modelo de recorrência regular, como as horas ou os minutos. (...) Numerados, os meses e dias do calendário passam a então

precisa ser constatado. Há uma enorme confusão entre matéria e tempo, tanto é que se utiliza frequentemente a equivocada expressão "*espaço de tempo*".

Com efeito, o passado de fato não existe, o futuro da mesma forma, vivemos no presente, um hiato entre esses dois tempos: passado e futuro. O futuro não é dado – pois do contrário, seria um presente – mas se trata de um porvir e, assim, do mesmo modo não existe. O presente dura para sempre, não desaparece, apenas aparece através de conteúdos diferentes. O que se vive, então, são momentos do agora. Se o tempo é presente, ele se faz necessário. Não se trata do passado sem volta, mas, sim, do presente irrepetível.[19] Existe uma crescente tendência de compressão espaço-temporal, tendo como principal vetor a velocidade e a instantaneidade de deslocamento. Essa alteração estrutural tem o condão de desfigurar o padrão e a escala de organização social[20], em decorrência da dinamicidade do mundo atual, pois não mais sobrevive àquela estrutura planetária estática de outrora.

O referido caminhar tecnológico causou, na antevisão de Virilio, no início dos anos 90, a *aceleração à sociedade.* (Virilio, 1993) Tal constatação culminou no que Boaventura de Souza Santos denomina de *crise de paradigma* (Santos, 1989, p. 17). Essa tecnologia propicia, cada vez mais, a imobilidade, conseguida através dos deslocamentos virtuais instantâneos e a *telepresença* – proporcionados através dos meios de transmissão. Através dessa rede, a sociedade se desloca hiperaceleradamente, e, paradoxalmente,

---

a representar estruturas recorrentes, no interior de um devir que não se repete (...) O que chamamos de tempo, nada mais é do que o elemento comum a essa diversidade de processos específicos que os homens procuram marcar com a ajuda de relógios e calendários. Mas, como a noção de *'tempo'* pode servir para determinar o antes e o depois, processos muito variados, os homens têm a impressão de que o *'tempo'* existe independentemente de qualquer seqüência de referência socialmente padronizada, ou de qualquer relação com processos específicos (...) Esse fetichismo do *'tempo'* é ainda mais reforçado na percepção humana pelo fato de que sua padronização social, sua institucionalização, inscreve-se na consciência individual tão mais sólida e profundamente quanto mais a sociedade se torna complexa e diferenciada, levando todos a se perguntarem cada vez mais, incessantemente, *'Que horas são?', ou 'Que dia é hoje?'.*" Elias, Norbert. *Sobre o tempo.* Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, pp. 9-10; 84-85.

[19] Comte-Sponville, André. *O ser-tempo*. São Paulo, Martins Fontes Editora, 2000, p. 15.

[20] Bauman, op. cit., p. 09.

migra para a inércia domiciliária.[21] Portanto, a *velocidade* passa a ser vista inclusive como uma forma de *poder.*[22]

A velocidade das descobertas, portanto, têm reflexos no sucesso das ações realizadas nesse universo complexo e instável, existindo uma verdadeira inércia comportamental guiando a um vazio devido ao ritmo de velocidade imprimido pela tecnologia, o que não possibilita, muitas vezes, trocar o *vivo* pelo *vazio* da rapidez.[23] Com a hiperaceleração e os meios tecnológicos postos à disposição, estão sendo preenchidos cada vez mais lugares onde existem *não-lugares* de transmissão instantânea[24] – basta se pensar no espaço virtual ocupado nos tempos atuais. Desse modo, como refere Gauer, "o ser está incerto quanto a seu lugar no espaço e indeterminado quanto ao seu tempo."[25]

Portanto, a tecnologia pode ser considerada a mola propulsora do *tempo social dinâmico* compartilhado contemporaneamente na complexa

---

[21] Virilio alude que "a *'era do tempo intensivo'* já não é a era do meio de transporte físico. É, contrariamente ao *'tempo extensivo'* de outrora, o domínio exclusivo do meio de telecomunicação, ou por outras palavras, a *'era da imobilidade e da inércia domiciliária'.*" (Virilio, op. cit., p. 39).

[22] Foucault refere acerca do poder como uma dicotomia entre situação central ou periférica e um nível macro ou micro de exercício. A questão do poder em Foucault surge a partir do exercício de uma arqueologia do saber pelo projeto de uma genealogia do poder. Para ele, essas microformas de exercício de poder não se constituem em extensão do poder do Estado, não são por ele criadas e controladas; tampouco são fruto da difusão e imanência do poder estatal, mas, senão, possuem existência própria, instituindo suas próprias relações de poder a partir de suas articulações. Mais do que isso, seria essa articulação dos micropoderes que permitiria a atuação e eficácia do Estado, ou seja, o próprio exercício do poder pelo Estado resta condicionado a articulação dessas microformas de poder que os poderes estão diretamente relacionados com a produção de determinados saberes e os micro-poderes se relacionam com o nível mais geral do poder constituído pelo aparelho de Estado. Alguns dos saberes modernos, para o filósofo, se instituíram fora do Estado. Os poderes não estão localizados na estrutura social. São uma rede de dispositivos que ninguém escapa e que não existe limites. O poder, rigorosamente não existe, o que existe são práticas ou relações de poder. Sobre a questão do *poder* ver: Foucault, Michel. *Microfísica do poder.* Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

[23] Virilio, op. cit., p. 114.

[24] Falando acerca da transmissão instantânea de vídeos de fatos políticos ou eventos artísticos, como fenômenos de transmissão, Virilio refere que "tal como a invenção da lâmpada eléctrica por Edison suscitou o aparecimento de lugares diurnos em meio nocturno, também a inovação da lâmpada electro-óptica determina a emergência de lugares perceptíveis em meios geralmente imperceptíveis. Lugar do não-lugar da transmissão instantânea (...)". (Virilio, op. cit., p. 13).

[25] Gauer, op. cit., p. 13.

sociedade pós-moderna e é imprescindível a consciência de que a própria vida flui nesse tempo[26], causando a sensação acelerada deste dinamismo temporal contrastado com a necessidade humana de preservação das formas de produção de direitos a partir da própria prática social.

3. O tempo como valor jurídico e o tratamento conceitual do dano temporal

O tempo é valioso. Não se pode desperdiçá-lo. Ele não retorna. Caminha a passos largos e tal disparada atinge a todos sem distinção. Neste contexto, o Direito não pode estar alheio à realidade. A ampulheta que coordena o trânsito da vida merece guarida jurídica.

As normas jurídicas têm levado em conta a preocupação com o tempo. Mais especificamente, o tempo está presente no texto constitucional no art. 5°, inciso LXXVIII, no qual se assegura o direito fundamental à razoável duração do processo e à celeridade, aludindo que: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação*". [27]

Além disso, dentre os direitos sociais positivados na Constituição Federal, no art. 6°, está presente a preocupação com a proteção do tempo. Mais detidamente, a tutela do tempo está implítica na proteção do direito social ao lazer.

Portanto, a utilização de tempo dedicado às pessoas é seu direito inalienável, circunscrito à incolumidade da esfera jurídica de cada um. A

---

[26] Segundo Elias "Os relógios são processos físicos que a sociedade padronizou, decompondo-os em seqüências-modelo de recorrência regular, como as horas ou os minutos. (...) Numerados, os meses e dias do calendário passam a então a representar estruturas recorrentes, no interior de um devir que não se repete (...) O que chamamos de tempo, nada mais é do que o elemento comum a essa diversidade de processos específicos que os homens procuram marcar com a ajuda de relógios e calendários. Mas, como a noção de *'tempo'* pode servir para determinar o antes e o depois, processos muito variados, os homens têm a impressão de que o *'tempo'* existe independentemente de qualquer seqüência de referência socialmente padronizada, ou de qualquer relação com processos específicos (...) Esse fetichismo do *'tempo'* é ainda mais reforçado na percepção humana pelo fato de que sua padronização social, sua institucionalização, inscreve-se na consciência individual tão mais sólida e profundamente quanto mais a sociedade se torna complexa e diferenciada, levando todos a se perguntarem cada vez mais, incessantemente, *'Que horas são?', ou 'Que dia é hoje?'.*" (Elias, Norbert. *Sobre o tempo.* Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, pp. 9-10; 84-85).

[27] Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 30 ago. 2016.

indevida e ilegal usurpação temporal ultrapassa os limites da legalidade, rompendo, sobremaneira, o sistema normativo vigente pela prática de ato ilícito. Nesse sentido, o tempo merece a elevação ao *status* jurídico e a sua respectiva proteção frente à indevida usurpação ou subtração em face de atos ilícitos capazes de gerarem danos à vítima.

Outrossim, foi no direito do consumidor o primeiro passo dado no sentido de tratar o tema da elevação do tempo a valor jurídico sob a designação de *desvio produtivo do consumidor*. A tese foi desenvolvida inicialmente por Marcos Dessaune, propondo que desvio de tempo indevidamente causado por fornecedores aos consumidores deve ser compensado pela denominada *teoria do desvio produtivo*. Desse modo, o tempo indevidamente desperdiçado[28] merece compensação, segundo o referido autor. Nesse contexto, se o tempo é a base primordial da vida de todas as pessoas, o seu "recurso produtivo" de maior importância para toda e qualquer operação (Podestá, 2014, p. 401), não se há de negar compensação por seu desvio indevido. Há pouco tempo este desvio, supressão temporal, era tratado pela jurisprudência como um "mero dissabor da vida", algo desprovido de importância jurídica indenizatória. Todavia, tal posicionamento está sendo objeto de reflexões, propiciando uma nova visão enaltecedora do tempo gasto pelas pessoas para solucionar seus inconvenientes decorrentes de ilegalidades e abusos de direito. Este novo parâmetro doutrinário é também sentido nas mudanças jurisprudenciais noticiadas na introdução do presente artigo, estabelecendo, aos poucos, novas balizas e obrigações de indenizar àqueles que se assenhoram indevidamente do tempo alheio.

Mesmo que se compreendam as inúmeras figuras jurídicas relativas ao tempo no Direito, é importante encontrar uma solução e uma definição jurídica. Pablo Stolze divide o tempo sob duas perspectivas: a dinâmica e a estática. A primeira, a percepectiva *dinâmica* do tempo pode ser definida em se tratando de algo natural, que subsistirá e assistirá todos os efeitos jurídicos; e a segunda perspectiva, do *tempo estático*, na qual o tempo é um valor, devendo ser protegido enquanto tal (Gagliano, p. 44). Entretanto, nas décadas passadas este tempo útil e disponível não era aquilatado como valor jurídico para fins de responsabilização civil quando usurpado, cenário que vem se alterando paulatinamente nos últimos anos pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Contudo, as demandas contemporâneas têm colocado este bem em "xeque", deparando-se com

---

[28] Sobre o tema, veja-se: Dessaune, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 2011.

uma nítida usurpação, já que o uso do tempo livre das pessoas tem sido subtraído de forma abusiva, gerando dano. Por outro lado, tal fenômeno não passa despercebido pela Ciência Jurídica, principalmente entre os estudiosos do Direito do Consumidor.

Essa inquietação temporal, em termos legislativos, com o consumidor, foi concretizada no Decreto n.º 6.523/08[29] (Lei do Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC). Em especial, no art. 4°, § 4°: "*regulamentação específica tratará do tempo máximo necessário para o contato direto com o atendente, quando essa opção for selecionada.*" *(grifa-se)* Ainda, no art. 8° alude que SAC obedecerá a alguns princípios, dentre eles o princípio da *celeridade*.

Não só isso, foi apresentado Projeto de Lei (PL) n.º 7.356/2014, de autoria do então Deputado Carlos Souza, em 2/4/2014, objetivando acrescentar um parágrafo único ao art. 6° da Lei n. 8.078/90, estabelecendo que a reparação de danos morais também compensará a perda do tempo livre pelo consumidor. Porém, tal PL foi arquivado em 31/1/2015.[30]

A tese acerca do dano temporal é ainda incipiente. Por essa razão, é sempre importante e conveniente ressaltar a importância jurídico-social do tempo, principalmente a sua percepção enquanto *bem jurídico indenizável*, inclusive no contexto da denominada *função social* (Gagliano, 2013, p. 47).

Na visão do presente estudo, a lesão ao tempo pode se apresentar como consequência *indenização compensatória autônoma*, descolada dos danos morais em sentido estrito de cunho psicológico. Assim, o dano temporal não está compreendido dentro da categoria dos danos psicológicos comumente atrelados aos danos morais em sentido estrito. Nesse sentido, alude-se:

> "(...) *em suma, o direito à indenização compensatória do dano temporal ou cronológico – enquanto categoria lesiva autônoma -, é consequência do sistema aberto de tutela da dignidade humana e de responsabilização civil, merecendo análise atenta e detida dos intérpretes e operadores do direito brasileiro. (...) No entanto, os Tribunais pátrios geralmente ainda conferem efetividade à tutela jurídica do tempo de modo reflexo sob o rótulo genérico de danos morais (...)*" (Casas Maia, 2014, p.175).

---

[29] Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC. BRASIL. *Decreto 6.523/08*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6523.htm> Acesso em 08 jun. 2017.

[30] BRASIL. *PL 7.356/2014* Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611194> Acesso em 08 jun. 2017. Projeto arquivado nos termos do Artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Portanto, decotando-o de outras espécies lesivas, sustenta-se a *autonomia* do denominado *dano temporal,* um fruto da *pós-modernidade*, dessa sociedade tecnológica, consumidora/consumista, sociedade de risco e de massas, encontrando-se os estudos respectivos ainda em esfera embrionária (Casas Maia, 2014, p.168).

Nesse sentido, o direito deve abrigar o tempo, exaltando-o à categoria de bem e valor. Esta proteção jurídica pode se dar por meio da flexibilização da sistemática estabelecida de classificação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, mais detidamente apartando-o e emancipando-o dos danos morais em sentido estrito, como uma nova via: as *lesões* ou *danos temporais*.

Em suma, o *dano temporal* se trata de uma nova categoria de dano e a sua violação é juridicamente compensável para qualquer pessoa lesionada indevidamente no seu direito de usar e fruir de seu tempo, não sendo limitável ao Direito do Consumidor, mas em todas as demais hipóteses nas quais ocorra a lesão temporal indevida.

4. A emancipação do dano temporal no direito brasileiro

A emancipação ou não do dano temporal depende em grande medida do conceito adotado de *dano moral* pelo intérprete da norma. Nesse contexto, o conceito de *dano moral* pode ser visualizado em *sentido amplo*, quando não está necessariamente conectado a sentimentos negativos[31]. Por outro lado, há um *dano moral em sentido estrito*, o qual permanece conectado ao critério psicológico e também aos sentimentos *negativos,* sendo afastado diante de supostos "meros *aborrecimentos*"[32]-[33]. Nesse con-

[31] Esse sentido foi seguindo na "V Jornada de Direito Civil" do Conselho da Justiça Federal (CJF): "O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento." (Enunciado n. 445 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ).

[32] "(...) 3. Somente haverá indenização por danos morais se, além do descumprimento do contrato, ficar demonstrada circunstância especial capaz de atingir os direitos de personalidade, o que *não se confunde com o mero dissabor.* 4. O simples atraso em baixar gravame de alienação fiduciária no registro do veículo automotor não é apto a gerar, *in re ipsa,* dano moral, sendo indispensável demonstrar a presença de efetivas consequências que *ultrapassem os aborrecimentos normais* vinculados a descumprimento contratual. Nessa linha: REsp n. 1.653.865/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23.5.2017, DJe 31.5.2017. (...)". (STJ, REsp 1599224/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, T4, j. 8/8/2017, DJe 16/8/2017).

[33] "(...) 1. A jurisprudência desta Corte entende que o simples inadimplemento contratual não gera, em regra, danos morais, por caracterizar *mero aborrecimento*, dissabor,

texto, a "jurisprudência do mero aborrecimento" surge como recurso argumentativo para o afastamento do direito à compensação por dano moral, motivo pelo qual tal jurisprudência defensiva é alvo de severas críticas em uma campanha denominada "*mero aborrecimento tem valor*" – da OAB/nacional.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a aceitação sumulada[34]-[35] do *dano estético*[36] enquanto categoria cumulável com a indenização decorrente de outras categorias danosas (dano material e dano moral em sentido estrito) demonstra a *tendência* do STJ de *especificação*[37]

---

envolvendo controvérsia possível de surgir em qualquer relação negocial, sendo fato comum e previsível na vida social, embora não desejável nos negócios contratados. (...)". (STJ, AgInt no REsp 1653897/TO, Rel. Min. Raul Araújo, T4, j. 20/6/2017, DJe 29/6/2017).

[34] "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral". (STJ, Súmula 387, Segunda Seção, j. 26/8/2009, DJe 1/9/2009).

[35] *Precedentes do enunciado sumular n. 387 do STJ*: AgRg no Ag n. 100877/RJ; AgRg no Ag n. 769719/DF; AgRg no REsp n. 473848/RS; REsp n. 5284/RJ; REsp n. 49913/RJ; REsp n. 65393/RJ; REsp n. 68491/RJ; REsp n. 81968/RJ; REsp n. 156118/RJ; REsp n. 254445/PR; REsp n. 289885/RJ; REsp n. 377148/RJ; REsp n. 519258/RJ; REsp n. 595866/RJ; REsp n. 659715/RJ; REsp 705457/SP; REsp n. 899869/MG; REsp n. 1011437/RJ.

[36] "Os danos estéticos vem sendo tratados tanto pela doutrina quanto pela Jurisprudência como uma modalidade separada de dano extrapatrimonial, o que está de acordo com a tendência de reconhecimento de novos danos" (Tartuce, 2016, p. 441).

[37] "Antes de tratar da autonomia do dano temporal, é preciso observar se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adota ou não o conceito de dano moral em sentido estrito. A resposta pode ser obtida com um lançar de olhos sobre o enunciado sumular n. 387 e o REsp nº 1254141/PR, daí sendo possível concluir a aceitação, respectivamente, da autonomia do dano estético e do dano à perda de uma chance. Desse modo, percebe-se que, no STJ, o dano moral *em sentido amplo* segue tendência de *especificação* enquanto sinônimo de dano *imaterial* e *extrapatrimonial*. Porém, como dano moral *em sentido estrito*, as decisões do STJ visualizam tal conceito geralmente no *dano moral-psicológico* (pelo qual se fala em "*pretium doloris*" – vide: REsp 56.288/RJ) e no dano *moral objetivo* – dano à honra objetiva, à boa fama, o qual é muito citado na avaliação do dano moral contra as pessoas jurídicas (ex.: AgRg no AREsp 621401; AgRg no AREsp 662519; e REsp 1407907). Por outro lado, outras categorias vêm sendo separadas desse dano moral em sentido estrito, como ocorreu com o dano estético e parece ser a tendência também do dano à chance – estas últimas categorias somente podem se integrar, como espécie, categoria mais abrangente: danos imateriais, extrapatrimoniais (não econômicos) ou morais em sentido amplo. Assim, a *tendência de especificação do dano moral em sentido amplo* no STJ, resulta no destaque à categoria do dano estético convivendo com a presença de um "*dano moral em sentido estrito*", vinculado à dor psicológica e ao dano à honra objetiva. Em outras palavras, a *autonomia do dano temporal é compatível com a percepção do dano moral em sentido amplo vigente hoje no STJ* e com a respectiva tendência de especificação.

das categorias de danos extrapatrimoniais, para além do *dano moral restrito* de cunho *psicológico*[38].

Em verdade, por mais que existam críticas à autonomia do dano temporal[39]-[40], (1) o conceito de dano moral utilizado constantemente pelo STJ, vinculando-o à dor psicológica[41], e (2) a aceitação da cumulação de danos morais e estéticos (Enunciado Sumular n. 387/STJ), permitem concluir em favor da *abertura* do sistema normativo à *percepção do dano temporal enquanto categoria autônoma* no âmbito do conceito do *dano mo-*

Por essa razão, passa-se à exposição do dano moral no âmbito jurídico brasileiro." (Casas Maia, 2015, p. 470-471, g.n.).

38 "(...) 1. A verba percebida a título de dano moral tem a natureza jurídica de indenização, cujo objetivo precípuo é a reparação do *sofrimento e da dor* da vítima ou de seus parentes, causados pela lesão de direito, razão pela qual torna-se infensa à incidência do imposto de renda, porquanto inexistente qualquer acréscimo patrimonial. (Precedentes: REsp 686.920/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe 19/10/2009; AgRg no Ag 1021368/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/05/2009, DJe 25/06/2009; REsp 865.693/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18/12/2008, DJe 04/02/2009; AgRg no REsp 1017901/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 04/11/2008, DJe 12/11/2008; REsp 963.387/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 08/10/2008, DJe 05/03/2009; REsp 402035 / RN, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 17/05/2004; REsp 410347 / SC, desta Relatoria, DJ 17/02/2003). (...)". (STJ, REsp 1152764/CE, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Seção, j. 23/06/2010, DJe 1/7/2010).

39 Há posição segundo a qual a perda indevida de tempo é somente suporte fático do dano moral: "[o] chamado desvio produtivo de tempo, ou perda do tempo livre, não decorre da identificação de novo interesse juridicamente tutelado, senão da lesão a interesse há muito protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro: a liberdade. (...). Trata-se, portanto, de suporte fático de dano moral" (Terra, 2015, p. 219).

40 Há quem, isoladamente, sustente que negue a autonomia do dano temporal e a possibilidade de a perda indevida de tempo em si acarretar consequências indenizatórias, apegando-se ao conceito de dano moral vinculado à dor psicológica e que a "*perda de tempo não pode ser fonte de renda*" (Sousa, 2015, p. 59).

41 "(...) é preciso observar se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adota ou não o conceito de dano moral em sentido estrito. A resposta pode ser obtida com um lançar de olhos sobre o enunciado sumular n. 387 e o REsp nº 1254141/PR, daí sendo possível concluir a aceitação, respectivamente, da autonomia do dano estético e do dano à perda de uma chance. Desse modo, percebe-se que, no STJ, o dano moral *em sentido amplo* segue tendência de *especificação* enquanto sinônimo de dano *imaterial* e *extrapatrimonial*. Porém, como dano moral *em sentido estrito*, as decisões do STJ visualizam tal conceito geralmente no *dano moral-psicológico* (pelo qual se fala em "*pretium doloris*" – vide: *REsp 56.288/RJ*) (...) a autonomia do dano temporal é compatível com a percepção do dano moral em sentido amplo vigente hoje no STJ e com a respectiva tendência de especificação". (Casas Maia, 2015, p. 470-471).

ral em sentido amplo – o mesmo que rendeu a possibilidade de cumular indenizações de dano estético e moral em sentido restrito.

Com efeito, o *princípio da reparação integral* (CDC, art. 6º, VI[42]) e a concepção *ampla*[43]-[44] de *dano*[45] permitem a visualização do *dano temporal* enquanto lesão jurídica autônoma e enquanto instrumento de tutela e compensação de valores constitucionais, tais como dignidade, liberdade e vida[46], além da tutela do consumidor[47].

Orlando Celso da Silva Neto (2015) visualizou a "*perda do tempo como valor reparável isoladamente*", concluindo que o dano em razão da perda de tempo seria "*subcategoria própria*"[48], podendo servir como instrumento de contenção da

---

[42] CDC, "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;"

[43] "Dessa maneira, é possível afirmar que o dano temporal por desvio produtivo e perda de tempo útil e/ou livre poderá se consolidar como *categoria autônoma* de dano em decorrência do sistema aberto de tutela da Dignidade Humana e de responsabilização civil. (...) Em suma, o direito à indenização compensatória do dano temporal ou cronológico – *enquanto categoria lesiva autônoma* –, é consequência do *sistema aberto* de tutela da dignidade humana e de responsabilização civil (...)". (Casas Maia, 2013, p. 26 e 28, g.n.).

[44] Daí o porquê de Corrêa de Andrade ressaltar que a "perda de tempo livre" está abrangida na "ampliação do conceito de dano moral" (Andrade, 2009, p. 102).

[45] "A expressão "dano" no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas". (Enunciado n. 456 da V Jornada de Direito Civil – Conselho da Justiça Federal - STJ).

[46] "Dessa forma, o direito à tutela do tempo para desenvolvimento da personalidade Humana representa consequência direta dos direitos fundamentais à dignidade e à liberdade do ser humano. Destarte, o dano Injusto a esse bem jurídico representa ofensa distinta da esfera patrimonial ou mesmo moral em sentido estrito do cidadão. (...)" (Casas Maia, 2014, p. 163).

[47] "(...) a autonomia do direito à reparação pelo tempo útil ou produtivo desperdiçado confere inegável realização do sistema de proteção do direito do consumidor". (Ação Indenizatória n. 0005804-43.2014.8.26.0297, Sentença do juiz de direito Fernando Antônio de Lima, Comarca de Jales, j. 28/8/2014).

[48] "(...) parece razoável a conclusão de que a perda do tempo útil é indenizável como subcategoria própria, mais semelhante ao dano moral do que ao dano material, arbitrável por equidade, servindo os parâmetros propostos neste artigo como balizadores da reparação. Mais ainda, o reconhecimento do tempo útil como ativo indenizável e da perda do tempo útil como objeto de reparação gera incentivos extremamente positivos ao exercício da atividade empresarial em consonância com a função social da empresa, do contrato51 e com o respeito de valores jurídicos constitucionalmente assegurados, notadamente o previsto no art. 170, V, da Carta Magna." (Silva Neto, 2015).

litigiosidade[49] com efeito *pedagógico*[50] no mercado de consumo, sem com isso implicar em qualquer vulgarização[51] da tutela temporal em sociedade.

Em verdade, a proteção jurídica do tempo também surge para combater a "*indústria do mero aborrecimento*"[52] resguardada na jurisprudência defensiva[53] e piedosa com maus fornecedores lesionadores do tempo do consumidor "como *consequência direta* da desorganização, falha ou desídia dos fornecedores dos produtos e serviços"[54]. Nesse mesmo contexto de tutela da dimesão temporal do consumidor, Laís Bergstein[55] propôs um *duplo critério* para a verificação da responsabilidade civil em razão da perda indevida de tempo no mercado de consumo: a identificação do "*menosprezo planejado*" e a existência da instalação de mecanimos pelo fornecedor para evitar os danos ao consumidor ("exigibilidade de conduta diversa").

Em agosto de 2019, finalmente foram julgados parcialmente procedentes os pedidos da primeira ação indenizatória que se teve notícia no Brasil com pedidos autônomos e cumulados de dano temporal e dano moral, a qual fora proposta em 2014 na comarca de Maués-Amazonas pela Defensoria Pública estadual. O Poder Judiciário amazonense condenou Banco réu ao pagamento de 20 (vinte) salários mínimos a título de compensação pelo dano temporal e a 10 (dez) salários mínimos como compensação por dano moral, por considerar, no caso concreto, aquela

---

[49] "Ao contrário de incentivar o aumento de litigiosidade, se corretamente compreendido, o dever de reparação pela perda do tempo útil pelo fornecedor tende a reduzi-la, aumentar a qualidade dos processos produtivos (e a qualidade do atendimento pós-produção) dos fornecedores e incrementar os acordos entre consumidores e fornecedores." (Sousa Neto, 2015).

[50] "(...) Aliás, o reconhecimento da autonomia do dano temporal ensejará maior repercussão *pedagógica* entre os fornecedores na seara da responsabilização civil por perda indevida de tempo, uma vez que o tempo humano passará a ter valor em si mesmo considerado e não por eventuais consequências econômicas ou morais de sua violação as quais poderão ser reparadas conjuntamente, afirme-se *in passant*" (Casas Maia, 2014, p. 163, g.n.).

[51] "Admitir-se a reparabilidade da lesão ao tempo, em seus reflexos patrimoniais e morais, não significa, portanto, que todos os casos em que haja algum dispêndio de tempo do consumidor a fim de solucionar determinada pendência ensejem, só por esse fator, dano a ser indenizado" (Monteiro Filho, 2017, p. 215-216).

[52] Barreto, Miguel. A indústria do mero aborrecimento. Juiz de Fora: Editar, 2016.

[53] Barreto, Miguel. A indústria do mero aborrecimento. Juiz de Fora: Editar, 2016, p. 189.

[54] Amorim, Bruno de Almeida Lewer. *Responsabilidade Civil pelo tempo perdido*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 231.

[55] Bergstein, Laís. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado*: o tratamento jurídico do tempo perdido ea superação das suas causas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 273-274.

lesão mais grave que esta. Segundo o juiz de direito Paulo Benevides dos Santos (TJ-AM): "O Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo, desde há muito tempo, a cumulação de danos diversos de natureza patrimonial e extrapatrimonial. São exemplos disso as súmulas 37 e 387 de sua jurisprudência, cumulando danos materiais e morais, a primeira, e as de danos morais e estéticos, a segunda. Não há motivo para não se cumularem as indenizações pelo dano moral e dano temporal, pois o fundamento de lógica jurídica é o mesmo. Trata-se do argumento de lógica jurídica a simile, conforme ensina Chaïm Perelman (in Lógica jurídica – 2a Ed., São Paulo: Martins Fones, 2004, pág. 76)" (Processo n. 0001622-07.2014.8.04.5800, Comarca de Maués-AM). Com efeito, a referida histórica sentença se apresenta como consequência da tendência de valorização jurídica do tempo humano, enquanto substrato para a vida digna, bem como de uma renovada sensibilidade judiciária em relação à "nova" lesão jurídica dos tempos contemporâneo: a lesão ao tempo. Entretanto, tal posição pela autonomia da lesão temporal ainda se apresenta como minoritária nos pleitos advocatícios e decisões judiciais.

Em tal cenário discursivo, a indenização autônoma por dano temporal deve se apresentar, na sociedade pós-moderna, como *novo*[56] *dano*[57] à pessoa[58], sendo instrumento de concretização da tutela integral de sua dignidade constitucional.

5. Conclusão

O tempo na sociedade pós-moderna veloz e dinâmica, na era da informação, é "bem" cada vez mais valorizado e, apesar disso, muito escasso em razão das demandas crescentes e múltiplos mecanismos de acesso rápido à informação. Exatamente nesse contexto, o *tempo* enquanto substrato da *vida digna* e enquanto instrumento do uso da *liberdade* passa a ser, crescentemente, visto como *bem jurídico* valiosíssimo e merecedor de tutela jurídica.

Na busca por mecanismos protetivos do tempo humano e também por meios compensadores do dispêndio de tempo injustamente

---

[56] Ressalte-se a posição diferenciada de Marcos Dessaune, na segunda edição de seu livro, que aponta o dano por "desvio produtivo" como dano existencial: "Consequentemente um evento de desvio produtivo traz como resultado para o consumidor, acima de tudo, um *dano existencial*" (Dessaune, 2017, p. 276, g.n.).

[57] Sobre novos danos: Schreiber, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 81-120.

[58] Vide ainda: Moraes, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 165 e ss.

causado por outrem, a conceituação de dano moral utilizada pelo STJ – conectada à dor psicológica –, figura como elemento de abertura a outras formas lesivas suportadas pelo ser humano. Tal percepção ocorreu em relação ao *dano estético*, o qual foi reconhecido como *cumulável* com o dano moral em entendimento sumulado pelo STJ. Nessa esteira, compreende-se possível também a evolução do dano temporal rumo à sua *emancipação* enquanto categoria lesiva indenizável independente de dores psicológicas suportadas.

Por fim, a emancipação do dano temporal, além de consequência da tutela de valores constitucionais (dignidade, liberdade e – qualidade de – vida), é lesão típica da sociedade pós-moderna, novo dano cujo efeito pedagógico de seu reconhecimento transborda as relações de consumo, alcançando outros campos das relações sociais.

Referências

ALBUQUERQUE, Luís Márcio Nascimento. Casas Maia, Maurilio. A perda indevida de tempo é dano extrapatrimonial no direito do consumidor: comentários à Apelação Cível 0713326-78.2012.8.04.0001 (TJ-AM). *Revista dos Tribunais,* São Paulo, v. 990, p. 511-526, Abr. 2018.

AMORIM, Bruno de Almeida Lewer. *Responsabilidade Civil pelo tempo perdido*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral & Indenização Punitiva*: Os *Punitive Damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do Direito Brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

______. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, 2005, p. 134-148.

BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as conseqüências humanas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BARRETO, Miguel. A indústria do mero aborrecimento. Juiz de Fora: Editar, 2016.

BERGSTEIN, Laís. TJAM - Apelação 0713326-78.2012.8.04.0001: Comentário. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, vol. 116, p. 517-521, Mar.-Abr. 2018.

______. *O tempo do consumidor e o menosprezo planejado*: o tratamento jurídico do tempo perdido ea superação das suas causas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Tradução: Myriam Ávila. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2005.

BORGES, Gustavo Silveira. Casas Maia, Maurilio. *Dano temporal*: o valor jurídico do tempo. Florianópolis: Tirant, 2018.

BORGES, Gustavo. Casas Maia, Maurilio. Dano temporal: por sua emancipação. In: ______. ______. *Dano temporal*: o valor jurídico do tempo. Florianópolis: Tirant, 2018, p. 313-329.

______. Uma breve reflexão interdisciplinar acerca da eutanásia passiva. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 21, n. IV, 2006.

______. Diálogo das fontes e a responsabilidade civil médica: (re)leitura da relação médico-paciente a partir da interdisciplinaridade. *Revista de Direito do Consumidor, vol. 84*, 2012, p. 13-44.

______. *Erro médico nas cirurgias plásticas*. Editora Atlas. São Paulo, 2014.

______. O paciente, a sua percepção do tempo e o dano temporal. *Revista de Direito do Consumidor, vol. 110*, 2017, p. 187-210.

CASAS MAIA, Maurilio. Dano temporal: categoria lesiva autônoma? *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, p. 22-24, 1 Abr. 2015.

______. Dano Temporal, desvio produtivo e perda do tempo útil e/ou livre do consumidor: Dano cronológico indenizável ou mero dissabor não ressarcível? *Revista Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, p. 23-28, Mai. 2013.

______. O dano temporal e sua autonomia na ApCiv 2007.060473-7 (TJSC). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 24, n. 102, p. 467-475, nov.-dez. 2015.

______. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro é dignidade e liberdade. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, vol. 92, p. 161-176, Mar.-Abr. 2014.

______. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 22, v. 86, p. 203-232, Mar.-Abr. 2013.

______. Sobre a hipervulnerabilidade dos pacientes. *Revista Visão Jurídica*, p. 48-51.

COMTE-SPONVILLE, André. *O ser-tempo*. São Paulo, Martins Fontes Editora, 2000.

DESSAUNE, Marcos. *Desvio Produtivo do Consumidor*: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

______. Dano moral decorrente do tempo produtivo desperdiçado pelo consumidor em inúmeras tentativas de sanar o vício do produto. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 93, p. 399-408, Mai.- jun. 2014.

______. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor*: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. Vitória(ES): Edição Especial do autor, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade civil pela perda de tempo. *Revista Jurisvox*. Patos de Minas, 2013. p. 43-44.

GAUER, Ruth M. Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: Gauer, Ruth M. Chittó (org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências Históricas.* Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2004.

MARQUES, Claudia Lima; Miragem, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. – 2. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Rumos contemporâneos do Direito Civil*: Estudos em perspectiva civil-constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

______. Lesão ao tempo: configuração e reparação nas relações de consumo. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, p. 87-113, v. 43, n. 141, Dez. 2016.

______. O Problema da Massificação das Demandas Consumeristas: Atuação do Procon e Proposta de Solução à Luz do Direito Contemporâneo. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 108, p. 293-313, Nov.-Dez. 2016.

MONTEIRO, Juliano Ralo. A responsabilidade civil no diagnóstico genético pré-implantacional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 273-310, jul.-set. 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1989.

PODESTÁ, Fábio Henrique. Dano moral decorrente do tempo produtivo desperdiçado pelo consumidor em inúmeras tentativas de sanar vício do produto. Marques, Claudia Lima (Coord.). In: *Revista de Direito do Consumidor, vol. 93*. 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da Responsabilidade Civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Responsabilidade Civil pela Perda de Tempo Útil: tempo é um ativo indenizável? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, p. 139-162, Jul.-Set. 2015.

SOUSA, Ulisses. Perda de tempo não pode ser fonte de renda. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, p. 59, Abr. 2015.

SOUZA, Heder Rubens Silveira e. Opinião: Chegou a hora de emancipar o dano temporal e aprofundar os debates sobre ele. Revista Consultor Jurídico de 3 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-03/heder-souza-chegou-hora-emarcipar-instituto-dano-temporal>. Acesso: 21 Jul 2018.

TARTUCE, Flávio. *A função social dos contratos do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

______. *Direito Civil*: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. V. 2. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Danos autônomos ou novos suportes fáticos de danos? Considerações acerca da privação do uso e da perda do tempo nas relações de consumo. In: Knoerr, Viviane Coêlho de Séllos. Stelzer, Joana. Ferreira, Keila Pacheco. (Coord.). *Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 205-222.

VIRILIO, Paul. *Inércia polar*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

5

O dano por privação de uso e algumas considerações sobre responsabilidade civil

Bruno Augusto Sampaio Fuga[1]

1. Introdução

O presente capítulo trata do dano por privação de uso, além de abordar temas gerais de responsabilidade civil. O recorte temático é bem específico, o **dano por privação de uso**, mas se entende que não é possível, de forma clara, apresentar um tema específico sem pontuar as considerações sobre os assuntos mais amplos, mesmo que de forma sucinta.

Assim, abordam-se o dever de indenizar, sua origem e sistemática, após as diversas espécies de danos (sem pretensão de esgotar o tema), após o dano por privação de uso, tanto na sua modalidade por dano emergente quanto lucros cessantes.

2. Do dever de indenizar

Para viver em sociedade, necessário se faz o nascimento de certas obrigações que naturalmente serão tuteladas por regras. Pode ocorrer a violação das obrigações, resultando em um **dano**, e o indivíduo, inserido em um Estado, tem a obrigação de repará-lo. Há com o dano um **desequilíbrio social** que precisa ser reestabelecido com reparação ou compensação. Para Pontes de Miranda (2012a, p. 263), sempre que há dano, "desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, ao nome, no crédito, no bem-estar ou no patrimônio, nasce o direito à indenização".

---

[1] Advogado e Professor. Doutorando em Processo Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UEL (na linha de Processo Civil). Pós-Graduado em Processo Civil (IDCC). Pós-Graduado em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Membro da Academia londrinense de Letras. Membro ABDPro, IBDP e IDPA. Foi presidente fundador da Comissão de Processo Civil da OAB de Londrina (atualmente é membro). Conselheiro da OAB de Londrina. E-mail:<brunofuga@brunofuga.adv.br>.

A existência do ilícito praticado por outrem, aliada ao dano, pode implicar a tutela contra o ilícito, tema este com fundamento constitucional, pois o sistema atual permite que todo aquele que tenha ameaça ou lesão a seus direitos possa buscar a tutela jurisdicional adequada (CF, art. 5°, XXXV). Falar, portanto, sobre o dever de indenizar ou sobre responsabilidade civil está diretamente ligado ao sistema jurídico das **perdas e danos**.

Quando se rompe o equilíbrio dentro da sociedade, não mais se aceita a solução dos conflitos por meio da vingança ou pela justiça com as próprias mãos. Afinal, há um ordenamento jurídico capaz de solucionar conflitos, impor obrigações e, na medida do possível, recuperar o *status quo ante*.

O rompimento de uma **obrigação** decorre de um ato que originara o dever de arcar com as suas consequências, tendo em vista os princípios *neminem laedere* (não lesar ninguém) e do *alterum non laedere* (não lesar outrem). A responsabilidade, nessa linha, é justamente qualquer situação na qual uma pessoa deva arcar com um ato, fato ou negócio jurídico danoso. A função da responsabilidade civil é, dessa forma, fazer desaparecer, quando possível, os efeitos danosos causados pelo ofensor.

Indiscutível, pois, a importância da **responsabilidade civil** no ordenamento jurídico e no mundo. Basta dar uma rápida olhada nas jurisprudências e em sites de Tribunais para constatar que é sociológica a noção de responsabilidade civil, assim como estaria em vias de absorver todo o direito (MONTEIRO, 2013b). Estima-se que a cada três ações no judiciário, uma é para reparação de danos (STOCO, 2011). Tem-se a vigência de um Código Civil relativamente novo, um Código de Defesa do Consumidor que foi um marco no ordenamento jurídico, ampliando muito as possibilidades de reparação de danos.

Importante também são as lições de José de Aguiar Dias (2012), que afirma ser a responsabilidade o resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento em face desse dever ou obrigação. O que interessa, salienta o doutrinador, é a **violação da norma** ou **obrigação** diante da qual se encontrava o agente.

Sendo assim, a **obrigação**, quando prevista legalmente, é um dever jurídico e a responsabilidade um dever jurídico sucessivo, haja vista decorrer da violação da obrigação.

O foco, na responsabilidade civil, é o **ato ilícito** praticado por outrem que faz proceder ao dever de indenizar e reparar o dano causado ao ofendido (sobre o assunto verificar também a responsabilidade objetiva). Dessa forma, como o homem é dotado de discernimento, deve

responder por suas ações e àquelas que excedam os admitidos como lícito. Isso faz parte do direito obrigacional que se origina da transgressão de uma obrigação, de um dever jurídico; enquanto o ato ilícito, que é fonte de obrigação, tem origem da ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, ou decorrente da lei. Para Monteiro, Maluf e Tavares da Silva (MONTEIRO, 2013b, p. 578), "a maior parte da doutrina nacional e estrangeira explica a responsabilidade civil por meio de seu resultado ou consequência: a **reparação de danos**".

Para Sérgio Cavalieri Filho (2012), **a vítima do dano torna-se o foco na responsabilidade civil**, já que o dano passa a ser não somente contra a vítima, mas contra a **coletividade**, um problema de toda sociedade. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010) assegura que a preocupação central tem sido a **reparação mais completa possível** dos danos sofridos pela vítima. Nesse sentido, Marcelo Benacchi (2011, p. 89) lembra que, para alguns, a nomenclatura mais correta, em vez de responsabilidade civil, seria "reparação dos danos". A tudo isso deve ser somada a importância de não proteger demais uma das partes, nem vítima ou ofensor, é preciso ter um ponto de **equilíbrio**, e este será sempre o propósito desta pesquisa.

Certo é que a ação de reparação deve proporcionar a mais ampla satisfação do dano possível; porém, sem causar enriquecimento ilícito para a vítima. Portanto, é mister um ponto de equilíbrio para alcançar o princípio da reparação integral do prejuízo, moral ou material.

A reparação do dano que está diretamente ligada aos pilares da responsabilidade civil não pode ser dissociada da **dignidade da pessoa humana** e proteção da pessoa. Deve ela estar ligada à efetiva reparação, com as flexibilidades necessárias para, na medida do possível, alcançar o *status quo ante*. Todavia, a problemática sempre presente nos casos difíceis é de resultar na justa indenização para reparar o dano sofrido, de acordo com o dano e a conduta do réu (se com culpa leve ou grave), e isso é fator de discussão recorrente no livro, sobretudo no capítulo destinado aos danos. Ao longo dos estudos, verifica-se que a função principal da responsabilidade civil é a **reparação** ou **compensação** e a **prevenção dos danos**.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010) afirma que, para a indenização aguardar equivalência com a totalidade do dano causado, deve compor-se no princípio da **reparação integral**, identificado por três funções fundamentais: a) reparação da totalidade do dano; b) vedação de enriquecimento injustificado do lesado; c) avaliação concreta dos prejuízos

efetivamente sofridos (função concretizadora). O doutrinador ainda afirma que há **restrições** ao princípio da reparação integral, como a cláusula geral de redução da indenização por excessiva desproporção entre culpa, dano e redução da indenização na responsabilidade dos incapazes.

De acordo com Gerson Amauri Calgaro (2010), o Direito Privado tem por finalidade a função de realizar plenamente a pessoa humana, haja vista que, para ele, o homem sempre vem em primeiro plano. Dessa forma, a responsabilidade civil pode ser dividida em duas partes, a **contratual** ou a proveniente do ato ilícito (**aquiliana**). A decorrente do ato ilícito, por sua vez, é dividida em responsabilidade objetiva ou subjetiva.

O artigo 186 do vigente Código Civil determina de forma clara e precisa como conceito de **ato ilícito** "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". Portanto, segundo Stoco (2011), para que haja ilícito necessário se faz necessária a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; e a penetração na esfera de outrem.

Por ser o ilícito instituto do direito com grande campo de abrangência (direito penal, tributário, administrativo, eleitoral, dentre outros), neste momento é importante ter em foco as implicações legais no campo do direito civil, pois seus efeitos variam de acordo com a disciplina estudada.

A principal consequência a ser examinada em decorrência do ato ilícito, neste momento, é o **nascimento do dever de indenizar** os danos sofridos pela conduta ilícita e a necessidade de reparação integral dos prejuízos sofridos pela vítima. Com diversas correntes doutrinárias para o **conceito de ato ilícito**, deve-se saber que esse se traduz em um comportamento **voluntário** que transgrida um dever e permite um juízo de imputação, assim, evitam-se outros posicionamentos doutrinários que implicariam o desvio do foco do presente.

Em decorrência do ato ilícito, surge para o ofendido o direito de pleitear o pagamento dos danos sofridos que pode se dar por meio amigável, como o acordo extrajudicial, ou, na sua impossibilidade, com a **ação de reparação de danos**.

A possibilidade de buscar reparação por danos causados por outrem encontra respaldo, em suma, nos artigos 186 a 188, 402 e artigos 927 a 954 do Código Civil e na Constituição Federal, art. 5º, incisos V e X, dentre outros dispositivos legais.

A reparação do dano, que deve dar-se de forma ampla, procura **restituir na integralidade** e, quando possível, o estado anterior (*restitutio*

in integrum, status quo ante). São diversas as possibilidades de danos, moral ou material, que vão depender do caso concreto e será melhor estudado no decorrer da leitura. Acerca disso, o Ministro Sanseverino, na décima edição do Seminário Ítalo-Ibero-Brasileiro de Estudos Jurídicos ocorrido em 22/11/2013, afirmou que a **equidade** é a justiça do caso concreto, a possibilidade de fazer que casos específicos sejam considerados no momento da aplicação de uma lei geral.

A **equidade** é medida que se almeja em todos os julgamentos, sendo, inclusive, a problemática presente em diversos casos difíceis. Afinal, a justiça não é o julgamento pela abstração da norma, mas o julgamento de acordo com o caso concreto, estando aí a necessidade da equidade. Para Miguel Kfouri Neto (2010, p. 89) a **equidade** "é como mediadora entre o princípio abstrato da justiça legal e as exigências dos casos singulares e concretos."

Verifica-se, portanto, a necessidade de julgamento com equidade, mas não apenas o julgamento da lide, pois é necessário também prudência no arbitramento da indenização, que, em diversos casos, pode ser complexo.

O dano a ser tratado neste artigo é o indenizável que resultou em prejuízo – privação de uso. Para Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2011, p. 51), "dano é a lesão a qualquer interesse jurídico digno de tutela". Dessa maneira, reparar esse dano significa tornar indene a perda, ou seja, um dano compensado, indenizado ou remunerado. A **função** preponderante da responsabilidade civil é **satisfatória**, ou seja, reparar de forma contundente o prejuízo sofrido; porém, em algumas ocasiões, principalmente nos danos extrapatrimoniais, a função será compensatória.

Para efeitos de indenização, independe se a conduta do agende causador do dano seja motivada por dolo ou culpa. Os institutos do dolo e da culpa são diferentes; todavia em sede de indenização, as consequências, são similares, porém não idênticas.

Deve reparar o dano causado, dessa forma, quem por meio de uma **ação** ou omissão voluntária, causar **dano**[2] a outrem e este dano tenha

---

[2] Exige-se a ocorrência de um dano, um prejuízo ou detrimento à vítima, na consideração de que sem o dano o ato ilícito não assume relevância no campo da responsabilidade civil (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: (...), 2011, p. 134).
O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva. Ibidem, 2011, p. 151.

nexo causal com sua conduta. O agente também tem que agir com culpa, sendo esta dispensada se houver hipóteses da responsabilidade objetiva.

O agente, ao agir de maneira a acarretar dano a outrem, deve reparar. O dano, por sua vez, mede-se pela sua extensão (CC, art. 944, § único); no entanto, em algumas situações, dependendo da conduta do ofensor, se com dolo ou culpa, o quadro econômico das partes será levado em consideração.

O **dano**, assim, não é medido somente por sua **extensão**, conforme determina o Código Civil (CC, art. 944, § único), pois no caso concreto, além da sua extensão, as peculiaridades envolvidas poderão influenciar nos valores de sua recomposição, tema este tratado com maiores detalhes no capítulo 7. Há, inclusive, uma tendência de condenações equitativas, de modo a julgar não somente o dano causado, mas a conduta das partes, questão diretamente ligada ao princípio da reparação integral.

Para Teresa Ancona Lopez, a função reparadora da responsabilidade civil é uma ilusão, porque sempre é melhor não sofrer o dano do que receber em dinheiro o prejuízo; todavia, é melhor receber uma indenização do que ficar irressarcido.

Faz lembrar Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010) que o arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais tem se pautado em apurar: gravidade do fato em si, intensidade do sofrimento, culpabilidade do agente, eventual culpa concorrente, condição econômica, social e política das partes.

3. Das diversas espécies de dano

Não há responsabilidade sem dano, pois este é elemento essencial da responsabilidade do agente, seja proveniente do ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas, ou do ilícito, independente de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva. Para Anderson Schreiber (2013), o dano é elemento essencial da responsabilidade civil, independe da conduta do ofensor. Há um afastamento do paradigma de imputabilidade moral em favor de um sistema de reparação capaz de efetivamente proteger as vítimas dos comportamentos dos fatos lesivos.

Na responsabilidade subjetiva, para caracterizar o dever de indenizar, necessária se faz a comprovação de **ação** ou **omissão culpa**, **nexo causal** e **dano**. Na responsabilidade objetiva, a culpa é dispensada;

Para Teresa Ancona Lopez, seria possível a responsabilidade sem o dano, bastante apenas sua ameaça (LOPEZ, 2004, p. 139).

porém, não há responsabilidade ou dever de indenizar sem dano; em que pese ter o agente agido com culpa ou dolo, se não existir dano, dever de indenizar não há.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, v. 3, p. 86), o dano é para a responsabilidade, seja ela contratual, extracontratual, objetiva ou subjetiva, sua "pedra de toque". Para os doutrinadores, "o dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator. O dano é indenizável quando ocorrer: a) a violação de um interesse jurídico – patrimonial ou moral; b) a efetividade ou certeza; c) subsistência".

Carlos Roberto Gonçalves (2012) conceitua o dano como diminuição do patrimônio, ou subtração do bem jurídico, patrimonial e não patrimonial, devendo ser compensado em toda sua extensão, como o que efetivamente se perdeu ou aquilo que se deixou de lucrar. Para Arnoldo Wald e Bruno Pandori Giancoli (2012, v.7, p. 87), o "dano é lesão a um interesse jurídico tutelado (com efeito patrimonial ou não) causado por uma conduta de um agente imputável".

De acordo com Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dalus Maluf (2013a, v.4), os danos se enquadram em duas classes, positivos e negativos. Os positivos configuram-se na diminuição real do patrimônio do credor, enquanto que o negativo na privação de um ganho que o credor tinha o direto de esperar (adiante, discorre-se melhor sobre privação do uso).

Na esfera civil, a responsabilidade se dá de forma diversa do Direito Penal, pois neste nem sempre há necessidade de dano, enquanto que, no civil, o dano é medido por sua extensão para determinar a dimensão da indenização. Poderá, portanto, haver responsabilidade penal sem haver dano; contudo, sem dano não há responsabilidade civil.

O dano, em suas modalidades, pode ser de ordem material, pelo que efetivamente se perdeu, por ricochete ou dano reflexo, dano moral e dano estético, além de outros danos, como perda do tempo e perda da chance. O instituto do dano, em suas diversas espécies, inclusive no mundo contemporâneo com uma sociedade cada vez mais plural, é amplamente estudado por especialistas. Diz respeito à reparação solicitada após a ocorrência de um fato danoso que deverá ser apurado por meio de sentença para atingir, na medida do possível, a reposição do *status quo ante* sem, contudo, gerar enriquecimento sem causa a uma das partes.

Monteiro, Maluf e Tavares Silva (2013b, v.5, p. 579) asseveram que é preciso conferir na responsabilidade civil uma flexibilidade suficiente

com o **propósito de restabelecer o equilíbrio afetado pelo dano**; complementam ainda os doutrinadores que "o melhor tratamento dessa matéria reflete a evolução do próprio direito". Para Anderson Schreiber (2013), o sistema brasileiro é um sistema atípico, em que o legislador não indica interesses, cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever **cláusula geral** de ressarcimento dos danos patrimoniais e morais.

O dano vem a ser a lesão a qualquer bem jurídico, incluindo o dano estético e moral (CF, art. 5º, X). É o que se perdeu ou se deixou de ganhar (dano emergente e lucros cessantes) (CC, art. 402). O dano, portanto, pode ser dividido em duas categorias, o dano às coisas e o dano às pessoas. Rui Stoco (2011) divide o dano às pessoas em dano físico ou corporal e dano moral. Acerca do tema, trata-se, com frequência, sobre as diversas hipóteses de danos; portanto, faz-se pertinente o Enunciado 192 da Jornada de Direito Civil: "Arts. 949 e 950: Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com dano moral e estético".

O doutrinador salienta que, ao contrário do art. 402 do Código Civil, que usa a expressão perdas e danos para designar dano emergente e lucros cessantes, o código francês utiliza a expressão danos e interesses. O termo adotado pelo sistema francês é mais preciso, pois perdas e danos são sinônimos.

Verifica-se que o ressarcimento do dano se processa de duas formas: pela reparação natural (específica) e pela indenização pecuniária. Como nem sempre será possível a reparação natural, fato este encontrado na maioria dos casos, a forma subsidiária de recuperar o *status quo ante* é a pecuniária (STOCO, 2011), tendo como objetivo o princípio do *restitutio in integrum* (CC, art. 944).

Fábio Ulhoa Coelho (2012) sustenta que é mais conveniente a solução **pecuniária**, pois o devedor não tem o mesmo empenho do credor para o refazimento do estado anterior ao dano; provável seria que ele procure economizar nos custos, negligencie no controle de qualidade com ausência de caprichos. Nesse sentido também pondera Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010), pois embora a reparação natural seja no plano ideal a mais perfeita e completa, ela apresenta na prática obstáculos em face de sua natureza (morte da vítima) ou por haver desinteresse do próprio credor e, por isso, tem-se observado atualmente um domínio da reparação pecuniária.

Maria Helena Diniz (2012) define como requisitos para o dever de indenizar a presença dos seguintes itens: diminuição ou destruição

de um bem jurídico, patrimonial ou moral; efetividade ou certeza do dano; causalidade; subsistência do dano; legitimidade; ausência de causas excludentes de responsabilidade.

Há que prevalecer o *in dubio pro creditoris*, ou seja, na dúvida deve o julgador voltar-se para a **vítima**, ainda que corra o risco de indenizar mais do que o devido, pois o inverso não pode ser admitido. Stoco (2011, p. 1398), a respeito do tema, assegura que o risco inverso, da vítima receber menos, não pode ser admitido.

Sobre os danos, que logicamente não são restritos aos materiais, Adauto de Almeida Tomaszewski (2006), salienta que a personalidade não é apenas um direito, mas o fundamento para todos os direitos; tutelam-se os valores da personalidade, portanto, de forma ilimitada, sem um rol taxativo. Divide-se, dessa forma, o dano entre patrimonial e extrapatrimonial.

Pelo conteúdo aqui exposto, principalmente nos temas adiante, não são acolhidas teses de **tarifamento da indenização** (responsabilidade civil do transportador, perda ou avaria de bagagem, dentre outras) por esses dispositivos em questão de não serem recepcionados pela Constituição de 1988, art. 5º, V. Neste sentido, alude-se ao Enunciado 550 da VI Jornada de Direito Civil: "A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos."

Antes de prosseguir com as diversas modalidades dos danos, é importante dar destaque especial para a obra de Anderson Schreiber (2013), sobretudo, o capítulo "O dano e a necessidade de seleção em concreto dos interesses tutelados". Para o doutrinador, a simples remissão ao ordenamento jurídico não oferece solução precisa para seleção dos interesses merecedores de tutela. Verifica-se uma utilização frequente pelos julgadores de "relevância social", "importância do interesse tutelado" ou simplesmente por repetição de casos concretos.

Segue o doutrinador afirmando que disso resulta uma asfixia que provém da exigência de um direito subjetivo em sentido técnico. Há certamente uma insuficiência legislativa e, por conseguinte, uma **discricionariedade judicial**. Esses questionamentos são importantes tendo em vista a sociedade contemporânea e as diversas modalidades de danos existentes. Para tanto, propõe Schreiber (2013, p. 142) "uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular, que não resulte em aceitações gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses à luz das circunstâncias peculiares."

Sobre as diversas espécies de danos, já se discorreu, em outra obra[3], sobre o entendimento de que é a divisão dos danos: dano moral, dano estético, **danos emergentes, lucros cessantes**, perda da chance e perda do tempo (sobre este foi discorrida e apresentada a problemática entre delimitar como dano patrimonial ou extrapatrimonial); entende-se que há outras formas de divisão dos danos; porém, esta foi a forma de dividir o tema. Neste livro, tanto aqui, como um todo, tem-se o propósito de discorrer sobre o tema de forma geral; no entanto, fazendo esse recorte temático, segue-se com o tema de **privação do uso** (que pode apontar em duas modalidades).

3.1. Dano por privação de uso

Somente haverá obrigação de indenizar se houver dano. Não se admitem danos hipotéticos, sendo certo que haverá obrigação de reparar o efetivo prejuízo da vítima; não bastam apenas nexo causal e conduta ilícita; necessário se faz, portanto, o dano.

A previsão legal é que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (CC, art. 186), compreendendo as perdas e danos devidos ao credor: o que ele efetivamente perdeu e o que **razoavelmente deixou de lucrar** (CC, art. 402).

O foco para aqui é o que efetivamente se perdeu, ideia esta com expressa previsão legal no artigo 402 do vigente Código Civil. Para Arnoldo Wald e Bruno Pandori Giancoli (2012), o dano emergente consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, uma concreta diminuição, um prejuízo real. Embora de melhor visualização do que o dano moral, o estético e a perda da chance, o dano emergente também apresenta alguns pormenores, pois é uma relação normalmente extracontratual, em que as partes não delimitaram valores e responsabilidades.

De acordo com Fernando Noronha (2010), costuma-se exprimir a teoria chamada **teoria da diferença**, ou seja, a indenização será a diferença entre a situação atual do patrimônio do lesado e a hipotética situação em que estaria se dano não houvesse.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010) ainda faz lembrar que o dano emergente pode ter reflexos no futuro, como aquilo que vier a se

---

[3] FUGA, Bruno Augusto Sampaio Fuga. Acidentes de trânsito: responsabilidade civil e danos decorrentes, 4ª ed, 2019, Editora Thoth.

implementar no futuro, o caso de medicamentos de uso contínuo para tratamento de lesão grave (dano emergente futuro).

Havendo um dano patrimonial, há uma diminuição da totalidade dos bens úteis que se encontram à disposição de determinada pessoa, devendo, portanto, ser reparado. Um dos critérios para valorar o dano é o estado anterior ao fato gerador do prejuízo e o momento posterior, no estado em que se encontra a coisa. O intuito é sempre restituir ao *status quo ante*[4].

Fernando Gaburri (2012) esclarece que o dano material é calculado por subtração matemática entre o valor patrimonial antes do acidente sofrido e o que passou a tê-lo.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes afirma que o dano presente é o que se encontra, por assim dizer, já materializado antes de prolatada a sentença; os danos futuros são aqueles após a prolação da sentença pelo juiz. Dito de outra forma, todo montante acumulado de prejuízo decorrente do lucro cessante até o pronunciamento da sentença é dano presente.

Conforme já mencionado, a indenização será possível em duas alternativas. A primeira pela **reparação natural**, com a entrega da coisa afetada em seu estado natural; pela segunda maneira, a **reparação pecuniária**, sendo esta uma maneira secundária quando a primeira não for possível de se obter.[5]

Adiante alguns um exemplo de dano material emergente (dentre tantos exemplos de danos emergentes existentes).

3.1.1. Dano Moral (Extrapatrimonial) por privação do uso

Nesta modalidade de **dano material emergente** por **privação do uso**, encontra-se a hipótese de o ofendido não conseguir usar o veículo em decorrência do acidente.

---

[4] AREsp 324972: No que tange ao autor Ilário, d**eve ser mantida a condenação dos réus ao pagamento de danos emergentes (despesas com medicamentos, consultas, exames e locomoção) e lucros cessantes** (renda que o autor deixou de auferir no período em que não pode trabalhar em sua lavagem de carros), no valor arbitrado na sentença, em face da inexistência de impugnação específica no ponto. (grifo nosso)

[5] AREsp 102857: **Danos patrimoniais de suas espécies, emergente e lucros cessantes, aquele decorrente da aquisição e implante de cateter de monitoração** da pressão intracraniana, esses, da morte do provedor de seu casal, a vítima, presumida a dependência econômica da esposa em relação a seu marido. (grifo nosso)

Conforme será visto, há estudiosos que afirmam ser possível, pela simples indisponibilidade do bem, pela privação da liberdade de usufruir de seu veículo, ocorrer o dano por privação de uso[6]. Neste caso, haveria o **dano material e emergente**, pois há um dano imediato, cessando com o término do conserto do carro ou a substituição por outro, salvas as hipóteses de aluguel de automóvel, que são medidas por atitudes do ofensor, a fim de evitar referido dano[7].

Entendimentos jurisprudenciais fundamentam que seria esse um dano moral, pois não há um prejuízo material em sua essência, mas sim o dano moral pela privação do uso de gozar da liberdade sem interferência alheia.[8]

Ainda sobre essa possibilidade de dano, há também jurisprudência que entende ser possível o dano por privação de uso quando o taxista

---

6 REsp 930124: A indisponibilidade do veículo por 26 dias, em face da ausência de peças, **não acarreta o dever de indenizar** a título de danos morais, porquanto os dissabores decorrentes de tal fato não ofendem os direitos da personalidade então tutelados pelo ordenamento jurídico. Ao acatarmos tal entendimento, todo acidente automobilístico acarretaria o dever de indenizar por supostos danos morais, em razão da privação do veículo. (grifo nosso)

REsp 1.443.268/DF: É cabível dano moral quando o consumidor de veículo automotor zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparar defeitos apresentados no veículo adquirido. Precedentes citados: REsp 1.395.285-SP, Terceira Turma, DJe 12/12/2013; AgRg no AREsp 60.866-RS, Quarta Turma, DJe 1/2/2012; e AgRg no AREsp 76.980-RS, Quarta Turma, DJe 24/8/2012. Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 3/6/2014.

AREsp 102804: Quanto à responsabilidade da ré, 1ª apelante, mostra-se patente a falha na prestação do serviço, com a demora, injustificada, de quase cinco meses para providenciar os reparos no veículo do autor. Neste sentido, a sentença bem analisou a questão, não havendo que se afastar sua responsabilidade objetiva. (...) Tanto pela desídia da empresa-ré que, demorando a autorizar a realização do conserto do veículo do apelado, promovendo verdadeira falha na prestação do serviço, quanto pelos naturais transtornos oriundos do fato de permanecer o recorrido privado da utilização de seu automóvel, está claro o direito do demandante à indenização por danos morais. (grifo nosso)

7 Ag 565493. STJ. Em ação, v.g., em que se disputa o domínio e posse de bem móvel, suscetível de ser danificado ou depreciado pelo uso, poderá ser adequada a medida cautelar de seqüestro, com o depósito do bem em poder de terceiro; outrossim, se integrados seus pressupostos específicos, dar-se-á em AT a entrega provisória do bem ao próprio demandante, impedindo **o grave prejuízo decorrente da privação de seu uso**. 07/02/2008

8 Agravo de instrumento n.º 922.320 – DF. Encontra-se configurado o dano moral, o qual emerge do abalo emocional experimentado pela autora com a liberação irregular de seu veículo, da angústia pela privação de seu bem, do esforço para ver apurado o ilícito contra si perpetrado, bem como do caráter punitivo e repressivo deste instituto. 05/09/2008

deixa de usufruir de seu veículo e, por conseguinte, deixa de auferir renda. Neste caso não há um dano material emergente, mas sim um lucro cessante[9].

Trata-se apenas de uma definição técnica para melhor recomposição do dano ocorrido, como o de buscar a real composição, sem enriquecimento ilícito de uma parte e não ressarcimento por parte da outra.

3.2. *Dano Material por lucros cessantes*

A previsão legal do lucro cessante encontra amparo no Código Civil, artigo 402, ao constar que as perdas e danos são devidos ao credor, no que ele efetivamente perdeu e no que razoavelmente deixou de lucrar. Além desse dispositivo, há o artigo 949 e 950[10], que, respectivamente, determinam que, no caso de lesão, são devidos os lucros cessantes até o fim da convalescença ou se houver redução da capacidade laborativa, além das despesas do tratamento, pensão proporcional à depreciação.

O lucro cessante tem caráter de recomposição para o ofendido e não punição para a parte causadora do evento danoso. É pensar na situação do ofendido e não do ofensor para recompor o equilíbrio que se rompeu por meio de uma ação reparatória.

A possibilidade de indenização por lucro cessante decorre do ato, omissivo ou comissivo, do ofensor que impossibilita o acontecimento de um evento que dentro na normalidade traria renda para a vítima[11].

---

[9] REsp 930124: Deve o fabricante indenizar o consumidor, **a título de lucros cessantes, pelos dias em que esse foi privado do uso de seu veículo**, objeto de trabalho, em razão da indisponibilidade de peças necessárias para o conserto de problemas ocorridos. 2. O quantum devido por cada dia de trabalho equivale ao valor médio percebido e comprovado quando do ajuizamento do feito, acrescido de correção monetária da data da propositura da ação até o dia da prolação da sentença, multiplicado pelo número de dias em que os autores não puderam utilizar o veículo em decorrência da falta de peças. (grifo nosso)

[10] Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, **além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.** Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

[11] Ag 1139685: Se o médico, vítima de acidente, reclama **lucros cessantes e prova que, habitualmente ganhava determinada cifra por dia, é de se admitir que, sem o acidente, continuasse a ganhá-la, pois é o que ordinariamente**

Não é devida a indenização por lucros cessantes a evento aleatório, bem como não serão devidos os danos remotos, não decorrentes diretamente da conduta lícita do infrator.

Para Stoco (2011, p. 1434), lucro cessante "constitui a expressão usada para distinguir os lucros de que fomos privados, e que deveriam vir ao nosso patrimônio, mas que não vieram em virtude de impedimento, ou seja, de fato ou ato acontecido independentemente de nossa vontade (ou contra a nossa vontade)".

Não apresenta o lucro cessante uma rigidez probatória, pois deve ser analisado o caso concreto com as peculiaridades e o dano dele decorrente. Para Stoco (2011), não basta a mera possibilidade; contudo, não se exige certeza, o mais coerente é condicionar a probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos.

O termo que razoavelmente deixou de lucrar, contido no artigo 402 do Código Civil, é uma restrição legal para nortear a admissibilidade de provas e não apenas a quantidade a ser recebida de indenização[12].

O requisito da certeza deve ser mitigado para o lucro cessante e o termo cessante é em sentido amplo, pois pode o prejudicado que não recebe salário, por exemplo, receber lucro cessante (GUEDES, 2011).

É importante destacar também que, nos termos do artigo 949 do Código Civil, deverá o ofensor pagar a indenização por lucro cessante além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. Implica dizer que o direito ao lucro cessante não inibe, se for o caso, a obrigação do pagamento em danos morais, estéticos ou materiais.

Discute-se também se o valor a ser recebido a título de indenização tem **caráter alimentar**. Embora a indenização a ser pleiteada, por exemplo, em caso de redução da capacidade laborativa e no caso de morte (CC, artigos 948 a 950), receba essa terminologia de caráter alimentar, em geral não tem a verba, os benefícios ou a proteção da pensão alimentícia (STOCO, 2011).

---

acontece. Desta forma, entendo correta a manutenção da condenação do réu ao pagamento de lucros cessantes ao autor, sendo que os valores e o período exato em que o autor ficou sem trabalhar serão apurados e provados na liquidação por artigos, segundo o art.608 do CPC. (grifo nosso, observação de constar neste precedente os artigos do CPC/1973)

[12] AREsp 041190: Não tendo sido demonstrada pela ré a ausência de validade dos documentos juntados pelo autor a fim de comprovar a quantia que razoavelmente deixou de ganhar **no período em que ficou impossibilitado de trabalhar com frete**, deve ser mantida a indenização a título de lucros cessantes.

A prestação alimentar propriamente dita decorre de uma relação parental natural (CC, artigo 1694[13]), enquanto que a decorrente do ato ilícito (CC, artigo 948, II) tem como origem o próprio ato ilícito. Stoco (2011) salienta que a obrigação decorrente do ato ilícito não tem natureza alimentar nem hereditária, pois é um mero ressarcimento de um prejuízo ou dano efetivo causado a terceiro.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2011), em comentários ao Código Civil, artigo 948, ao citar RSTJ 19/348, complementam que este crédito não tem natureza alimentar, não gozando, portanto, do privilégio geral ou especial. É um crédito quirografário nascido do ato ilícito. Mais adiante, volta-se a discorrer sobre o assunto, em especial no capítulo 9, "Natureza da obrigação".

Em rápidos dizeres, a fim de ilustrar os institutos e iniciar o estudo, é prático partir da definição de que os lucros cessantes são presentes e com reflexos no futuro, e dano emergente é essencialmente presente[14]. Um critério para apurar o lucro cessante pode ser a extensão do dano, a comparação e a experiência anterior do lesado[15].

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2010) salienta que se deve evitar apenas vero tempo no pretérito (o que deixou de lucrar), mas também no presente e no futuro, pois abrange toda diminuição do patrimônio.

Os requisitos serão explorados de forma mais adequada no decorrer do texto, nos casos específicos, podendo ser o lucro cessante por privação do uso, por lesões corporais ou em caso de morte de parente. É de suma importância um critério razoável para apurar o lucro cessante, pois o legislador não determinou no texto legal e compete ao julgador, com discricionariedade, julgar e condenar o causador do evento ao pagamento dos danos pertinentes.

Para ficar claro, importante é apresentar de forma resumida algumas distinções. O dano emergente é o dano presente; o dano de lucro cessante é o dano presente com reflexos concretos no futuro; e a perda da chance é dano presente, com reflexos hipotéticos no futuro[16].

---

[13] Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

[14] Pode o dano Emergente ser futuro também – exemplo do réu que fica condenado ao pagamento de prestações para tratamento de enfermagem para a vítima. Deverá este pagar o dano emergente das prestações vencidas e também as vincendas (futuro). (GUEDES, 2011, p. 346)

[15] Ibidem.

[16] Ag 1330275: O dano material refere-se à lesão concreta que afeta o patrimônio da vítima. Pode ser analisado sob dois aspectos: a) dano emergente: diz respeito ao pre-

Para Venosa (2005, v.3), nasce, para o ofensor que praticou ato ilícito, o dever de reparar e, para o ofendido, o direito de ser ressarcido do dano sofrido, o qual pode ser na modalidade de dano moral ou patrimonial. Neste segundo está o lucro cessante, que é um dano presente; entretanto, com reflexos no futuro.

Em alguns casos, devem-se ter em mira também as despesas operacionais do ofendido para assim atingir o princípio da reparação integral. É o caso, por exemplo, do motorista de táxi que tem seu veículo abalroado e fica 10 dias sem exercer seu trabalho, visto que o carro estava em conserto. O ofensor deverá pagar as despesas materiais para conserto do carro e os lucros cessantes por deixar de auferir o lucro com seu trabalho. Contudo, se, por exemplo, o motorista auferia rendimento de 10 corridas por dia, com média de 20 reais em cada corrida, o total é 200 reais. Deste valor, deverão ser descontados os **custos operacionais**, como impostos, gasolina, manutenção do carro, dentre outros que o caso concreto ditará.[17] José de Aguiar Dias (2012) afirma que parece acertado descontar Imposto de Renda quando recai sobre os títulos que constituem a pensão à vítima do dano.

Acerca disso, Gisela Sampaio da Cruz Guedes salienta que o foco é o lucro líquido, devendo ser deduzidas as despesas com o negócio em si. Para ela, seria esta uma exigência da reparação integral que é moldada pelo postulado da razoabilidade.

Neste sentido também, sem precedente encontrado quando da realização deste estudo, deve-se pensar na pensão mensal decorrente dos atos ilícitos (CC 948 a 950), porque do valor a ser percebido pelo beneficiário ou vítima devem também ser deduzidas as despesas oriundas do próprio trabalho, como o transporte se não for pago pela empresa. O intuito da indenização é a **reparação integral** sem proporcionar enriquecimento

---

juízo experimentado pela vítima; b) lucros cessantes: traduzem aquilo que a vítima deixou de ganhar em virtude do dano sofrido.

[17] REsp 930124: Deve o fabricante indenizar o consumidor, **a título de lucros cessantes, pelos dias em que esse foi privado do uso de seu veículo, objeto de trabalho, em razão da indisponibilidade de peças necessárias para o conserto de problemas ocorridos.** 2.O quantum devido por cada dia de trabalho equivale ao valor médio percebido e comprovado quando do ajuizamento do feito, acrescido de correção monetária da data da propositura da ação até o dia da prolação da sentença, multiplicado pelo número de dias em que os autores não puderam utilizar o veículo em decorrência da falta de peças. (grifo nosso)

ilícito, dessa forma, se o ofensor pagar indenização sem contar custos operacionais, estará o ofendido recebendo mais do que o devido.[18]

Diante da existência de inúmeros casos diferentes de lucros cessantes e da impossibilidade de previsão com uma tabela dos danos de acordo com os casos, a lei determina o critério da razoabilidade para determinar o valor indenizatório. Gisela Sampaio da Cruz Guedes propõe três vertentes da razoabilidade para o julgamento, a saber, equidade, congruência e equivalência.

Diante da norma de caráter aberto, o julgador possui elevado poder discricionário para o arbitramento do valor dos lucros cessantes, sendo necessária a devida fundamentação e, inclusive, adotando a razoabilidade imposta em lei.

3.2.1. Lucros cessantes resultantes da privação do uso

Retoma-se o exemplo mais comum encontrado nos livros doutrinários sobre o assunto, o taxista que tem seu veículo abalroado. Além do dano material emergente para o conserto do automóvel, deverá o ofendido ser ressarcido pelo tempo que ficar impossibilitado de exercer sua função laborativa. Pode o veículo ficar na oficina, por exemplo, durante um mês, neste caso, deverá o causador do acidente pagar ao ofendido o que este deixar de lucrar.

O lucro cessante decorrente da privação do uso se caracteriza por dano futuro proveniente do dano material emergente (o estrago do veículo). Necessitando o prejudicado utilizar o carro como fonte de renda (o taxista, a empresa de transporte), deverá ele em certas situações receber a devida indenização.

Uma base para o cálculo da indenização é o histórico de recebimento da vítima antes do acidente, como testemunhas, imposto de renda, recibos[19]. Rafael Peteffi da Silva (2013) esclarece, inclusive, que nesses

---

[18] REsp 1023395: A indenização pela perda da contribuição mensal prestada pelo chefe de família deve se dar com base na importância dos rendimentos mensais percebidos, subtraído **o valor de eventual prestação previdenciária recebida e seguro obrigatório, sob pena de implicar um enriquecimento ilícito.** (grifo nosso)

[19] AREsp 064668: "Apelação - Ação de reparação de danos - Acidente automobilístico - Prova convincente de que a culpa pelo embate coube ao condutor do carro-forte da transportadora de valores ré - **Declaração do Sindicato dos Taxistas Autônomos, trazida pelo autor para a demonstração dos lucros** cessantes, **elemento não informado mediante contraprova, convencendo dos valores alegados como renda líquida diária, base adotada** para a fixação dos lucros cessantes – Sentença de procedência da demanda - Confirmação" (fl. 343). (grifo nosso)

casos não há hipótese de perda da chance, tendo em vista a possibilidade da indenização do dano final.

O taxista que teve seu veículo abalroado, certamente, deve receber do causador do acidente indenização do dano material para conserto do veículo e também o dano material na sua modalidade cessante da data do acidente até o seu conserto, pois durante esse período o ofendido não pôde obter renda (lucro).

Esta modalidade de lucro cessante implica a apuração do valor indenizatório da data do acidente até o conserto do veículo. Ademais, deve o julgador lembrar que o carro que não esteve em circulação não teve despesas (óleo, combustível, desgaste, dentre outros), devendo o responsável pelo evento pagar apenas o **lucro** perdido e não o valor total que deixou de receber o prejudicado. Se não realizada essa conta, o ofendido será beneficiado de maneira incorreta. A intenção é retroceder ao *status quo ante* e não que o acidente seja fonte de renda para o ofendido[20].

Dano também haverá quando, ao comprar um carro novo, o consumidor se vê impossibilitado de usá-lo por defeitos. Não utilizando, poderá ser obrigado a usufruir de táxi como meio de transporte, devendo o causador do dano arcar com as despesas até o conserto do veículo.

Outra situação concernente ao dano de privação de uso é a da **empresa transportadora**, com frota de veículos, cujo veículo foi abalroado e fica privada de utilizá-lo por determinado período de tempo, mas possui frota reserva. O STJ tem firmado entendimento de ser devido o dano mesmo nessas situações (REsp 535979/ES). Fundamenta-se que a empresa trabalhou de maneira preventiva, a fim de deixar uma frota reserva, e com ela tem despesas, não sendo justo arcar com as despesas sozinha.

Sobre o tema, Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2011, p. 153) cita, em sua obra *Decisões Proferidas pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal*, que determinou ser devida a indenização mesmo que a pessoa não dependa do carro para a atividade profissional: "a mera privação do uso

---

[20] Ag 1162343: A sentença guerreada assentou que o **automóvel dos autores era instrumento de trabalho,** uma vez que prestava transporte público suplementar. Fixou o prazo de dois meses, período no qual o automóvel ficou avariado, como prazo para aferição dos lucros cessantes. Rejeitou, porém, a alegação de renda diária de R$ 400,00 (quatrocentos reais) constante da declaração de fls. 12, incluindo sábados, domingos e feriados. É de se ressaltar que caso esse valor fosse real, a atividade de motorista de transporte alternativo seria das mais rentáveis, eis que possibilitaria uma renda de aproximadamente R$ 12.000,00 (doze mil reais) mensais. É evidente que esse valor está distorcido, não tendo sido computados os gastos com combustível, pedágio e manutenção do veículo. (grifo nosso)

traduz um dano autônomo de natureza patrimonial que, apesar da falta de prova de prejuízos concretos e quantificados, deve ser ressarcido com recurso à equidade."

Neste sentido, Chacon (2009, v.6, p. 35) também assevera que "serão calculados à medida que se observa o que aquele veículo, empregado em determinada linha, lucrou, na média, nos últimos meses [...]".

Trata a doutrina portuguesa do dano por privação do uso como **autônomo e patrimonial**, devendo ser ressarcido com a mera indisponibilidade do bem. Há doutrinadores que afirmam não haver dano nessa mera subjetividade e outros que afirmam ser um dano patrimonial, com privação que causa um "dano sensível". Para o direito português, admite-se o dano por privação de uso, pois afeta ele a liberdade de uso do seu patrimônio.

Gisela Sampaio da Cruz Guedes ainda salienta que não faz o menor sentido enquadrar o dano por privação de uso no âmbito dos lucros cessantes. Entende-se que, de maneira acertada, ela afirma que não pode haver uma presunção nos lucros cessantes a ponto de se indenizar uma empresa por não usar seu veículo mesmo tendo ela frota reserva. Não quer dizer que a empresa não deva ser ressarcida, deve sim, mas não por lucros cessantes, e sim por privação do uso.

O exemplo em que o taxista deixa de utilizar seu veículo e passa a ter direito ao lucro cessante é diferente da hipótese da transportadora com frota reserva ou do cidadão que não utiliza seu veículo para fins comerciais. Nesses casos, semelhante ao sistema português, pode ser utilizada a modalidade de dano denominada **privação do uso**.

Para a empresa de transportes que deixa de usar seu veículo, mas possui frota reserva, há na empresa uma adoção de medidas preventivas, que demandam custos operacionais, os quais, portanto, devem ser ressarcidos pelo causador do evento. Gisela Sampaio da Cruz Guedes (2011, p. 159) aponta que o *European Gruopon Tort Law* deixou consignado nos "Princípios de direito europeu da responsabilidade civil", em seu artigo 2.104, que: "as despesas realizadas com vistas a prevenir uma ameaça de dano são consideradas dano ressarcível, desde que a realização dessas despesas se revele razoável."

Nestes termos, não deve a empresa que foi diligente com suas obrigações gerenciais ser penalizada com isso, pois certamente se a empresa não tivesse uma frota reserva, o causador do dano deveria arcar com o prejuízo, não tendo lógica, portanto, tendo a empresa a frota, o responsável não arcar com o dano causado, mesmo que nas estimativas normais.

4. Considerações finais

Discorreu-se no presente capítulo sobre o dever de indenizar e também as diversas espécies de danos. No recorte, que cabia a este capítulo, apresentou-se o dano por privação de uso. A forma de ressarcimento é de suma importância, haja vista ter ligação com a reparação integral.

Entende-se que a privação de uso, conforme já discorrido, tem ligação com danos materiais e danos extrapatrimoniais, pois poderá ter reflexo tanto nos aspectos financeiros quanto nos aspectos de direitos da personalidade. Deve, assim, ser reparado com suas peculiaridades e de acordo com o caso concreto. Verifica-se que no mesmo caso é possível a constatação de danos por privação de uso na modalidade extrapatrimonial e na modalidade material emergente – o estudo dos danos, sua forma de ressarcimento é de vital importância, estando o livro, portanto, de parabéns por cumprir de forma valiosa sua finalidade, a saber: pesquisar o tema.

Referências

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil contratual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHACON, Luis Fernando Rabelo. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2009, v.6.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil.* 12ed. Revista e atualizada de acordo com o código civil de 2002 e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CALGARO, Gerson Amauri. Direito privado e efetivação de direitos fundamentais. In: *Doutrinas essenciais de Responsabilidade Civil.* In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (coleção doutrinas essenciais, v.1), p. 197 a 257.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: obrigações: responsabilidade civil. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.7.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: código civil e código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio Fuga. Acidentes de trânsito: responsabilidade civil e danos decorrentes, 4ª ed, 2019, Editora Thoth.

GABURRI, Fernando. Direito civil para sala de aula: responsabilidade civil. Curitiba: Juruá, 2012, v. 4.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Pablo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 10 ed., versão atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Pablo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 10 ed., versão atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros cessantes: do bom senso-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOPEZ, Teresa Ancona. O dano estético: responsabilidade civil. 3 ed., revista, ampliada e atualizada conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Pontes de. Direito das obrigações, obrigação e suas espécies, fontes e espécies das obrigações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012a, p. 263.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil: direito das obrigações, 2ª parte. 40ed. São Paulo: Saraiva, 2013b, v.5.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. Curso de direito civil: direito das obrigações, (...), 2013a, v.4.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. 8ed., versão ampliada e atualizada até 12/07/2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral – indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressistematização. In: NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade(organizadores). *Doutrinas essências de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, v.1. (Coleção doutrinas essenciais)

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* 8 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: contratos em espécie. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005, v.3.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Co-autor e organizador); SANTOS, Ana Célia de Júlio, et al. *Lições fundamentais de direito.* Londrina: [o autor], 2006.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito Civil: responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.7.

6

Dano existencial no Direito Italiano e no Direito Brasileiro

Flaviana Rampazzo Soares[1]

1. Introdução

A construção doutrinária brasileira, que pontua que a proteção à incolumidade psicofísica da pessoa na seara do direito de danos é juridicamente relevante, é vista há mais se sessenta anos, conquanto sua disseminação tenha sido maior e mais consistente a partir da edição da Constituição Federal de 1988 (Montenegro, 1984. p. 103).

Se, na constituição do ser humano, há uma integração entre o físico e a psique, tornando singular cada um desses seres, conquanto pertencentes a uma mesma espécie, espera-se que o pertencimento do ser no mundo e a sua existência e permanência nele seja uma experiência livre de indevidas ingerências externas relevantes e prejudiciais por parte de terceiros.

E, quando se trata de danos e de pessoa humana, o terreno dos interesses passíveis de lesão é largo. Há eventos que podem prejudicar unicamente a psique da pessoa, outras vezes podem atingi-la apenas fisicamente. Eventualmente, prejudica a sua honra, em alguma ocasião pode ter ocorrido um uso indevido de sua imagem. Em determinadas hipóteses podem ser conjugados, no que se denominam danos anexos;

---

[1] Professora em cursos de Pós-Graduação em Direito *lato sensu*. Especialista em Direito Processual Civil. Mestre e Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS.Trabalho desenvolvido com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior – CAPES (código de financiamento 001 - na linha de pesquisa "eficácia e efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado"). E-mail: <frampazzo@hotmail.com>.

em outras, um dano acaba reflexamente se consolidando por ricochete. Ainda, podem afetar a qualidade de vida pessoa, tema do dano existencial.

Esse artigo tem como objetivo a exposição dos contornos e abrangência do dano existencial, embora nesse texto, pelas limitações de espaço, não seja possível abordar os importantes aspectos relacionados à indenização específica dessa voz de dano.

2. Histórico do surgimento, desenvolvimento e da matriz do Dano Existencial no Direito Italiano

"Dano existencial", é a tradução da expressão *danno esistenziale*, cunhada na Itália como figura jurídica, a qual surgiu a partir de um "problema" identificado no direito italiano, que inicialmente entendia que uma indenização por danos extrapatrimoniais somente poderia ser concedida nos casos expressamente referidos em lei (por força da incidência do art. 2.059 do mesmo Código, basicamente prevendo indenização por prejuízos oriundos de condutas penalmente tipificadas, em 1942, época da sua edição).

Como um dos meios de indenizar hipóteses nas quais uma compensação por danos imateriais não estivesse prevista em lei, a jurisprudência acabou adotando a figura jurídica do *danno biologico* ou *danno ala salute* (Castronovo, 1998), buscando esteio para tutelar a saúde humana no art. 32 da Constituição italiana, o qual prevê a saúde como direito fundamental e interesse da coletividade, vinculando-se ao disposto no art. 2.043 do Código Civil italiano e desligando-se da tipicidade do antes mencionado art. 2.059. Referida voz de dano foi entendida como uma ofensa à saúde da pessoa, concebida da forma mais ampla possível para este fim, como o completo bem-estar pessoal, físico, psíquico e social (esse é o tema da histórica *sentenza 184/1986,* da *Corte di Cassazione*).

O decurso do tempo fez com que a jurisprudência posterior, embora tendo ultrapassado a limitação do art. 2.059 do Código Civil italiano, se defrontasse com o desafio da excessiva amplitude do *danno biologico*, tendo ocorrido casos de violações que não se enquadravam tecnicamente como dano à saúde sob uma concepção mais restrita, mas que geraram o dever de indenizar.

Debruçada sobre esse cenário, em 1994, Ziviz publica um texto que seria a "descoberta do dano existencial", abordando alguns julgados nos quais era visível a ocorrência de um menoscabo à atuação da pessoa

vinculados a aspectos existenciais, em especial quanto às suas "atividades realizadoras" (Ziviz, 1994 e 1988, p. 376).

Anos depois, Cendon e Ziviz (2000)[2], ambos juristas da denominada "Escola de Trieste", vislumbraram a necessidade de separar as situações de dano especificamente *biológico* - que era efetivamente um prejuízo à saúde psicofísica, do dano moral propriamente dito, entendido como afetação negativa de ânimo tutelável sob o enfoque jurídico -, daquelas nas quais ocorresse uma alteração prejudicial na qualidade de vida da pessoa, afetando o seu cotidiano de modo juridicamente relevante (qualitativa e quantitativamente). Essa última correspondendo ao dano existencial.

Nesse contexto, sustentaram os professores referidos que o dano extrapatrimonial é um gênero do qual há diversas espécies. Além disso, identificou-se com maior precisão que um dano imaterial pode ser um dano-evento ou um dano-consequência, sendo o primeiro entendido como a lesão a um interesse juridicamente protegido, na forma do art. 2.043 do Código Civil italiano (o *danno ingiusto*), e o segundo correspondente às consequências prejudiciais da lesão, o qual pode bifurcar-se nos conhecidos danos patrimoniais e extrapatrimoniais, e igualmente servirá como parâmetro de determinação do conteúdo da obrigação indenizatória que incidirá sobre o responsável (Grimaldi, 2011, p. 384)[3].

Os juristas italianos deixaram claro que o dano extrapatrimonial é um gênero, que abrange elementos intangíveis, ou seja, trata de interesses jurídicos relevantes da pessoa, vinculados aos direitos de personalidade, sem repercussão econômica imediata.

---

[2] A teoria foi exposta inicialmente em artigos doutrinários publicados, entre 1991 e 1994, na *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (conforme confirma Ponzanelli, 2003. p. 1 e Cendon; Ziviz, 2000. p. 8).

[3] Exemplifique-se com a figura do assédio moral, que compreende o que os italianos chamam de "danno-evento", ou seja, o fato lesivo, que pode ser qualquer ocorrência no plano dos fatos que possa ser juridicamente qualificada no âmbito do direito de danos (veja-se Liserre, 2014. p. 321).
As consequências desse evento lesivo são o que os italianos qualificam como "danno-conseguenza", que corresponde ao dano juridicamente qualificado decorrente do dano evento.
Com isso, é possível afirmar que uma ocorrência lesiva no plano dos fatos juridicamente qualificados, tal como um assédio sexual no ambiente de trabalho, pode ensejar diferentes danos no plano da responsabilidade, consubstanciados no dano à honra, no dano psicológico e no dano existencial (danos anexos, ou seja, danos que podem incidir concomitantemente e gerar obrigação de indenizar independente para cada tipo de dano caracterizado no caso concreto).

Assim, tornara-se premente deixar as figuras jurídicas relacionadas aos interesses imateriais pessoais tecnicamente mais claras e ordenadas, para que se pudesse ter maior exatidão jurídica tanto na identificação do dano sofrido, quanto na adequada indenização ou definição da melhor tutela à vítima.

Somente no ano 2000 a *Corte di Cassazione,* por meio da Decisão n. 7.713, de 7 de junho de 2000[4], pronunciou expressamente a autonomia da espécie dano existencial e, assim, colocou-a ao lado do dano patrimonial, do dano moral puro e do dano biológico, todos considerados como danos indenizáveis.

No mesmo ano, Cendon (2000, p. 10-11) aponta como características do dano existencial uma identidade própria extrapatrimonial; uma dissociação de aspectos sentimentais (que mais se aproximariam do dano moral) e um comprometimento da sequência dinâmica do cotidiano, composto por um não fazer, um ter que fazer, ou um modificar o modo de proceder, que dificulta o relacionamento externo da pessoa lesada com o seu mundo.

Essas características indicam que, se o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa é interesse constitucionalmente protegido, a ofensa de cunho existencial que prejudica esse desenvolvimento em relação a pessoa atingida pelo dano, tem relevante importância e a tutela indenizatória tem respaldo constitucional (Bilotta, 2001, p. 399).

Tanto Ziviz (2000, p. 47) quanto Cendon (2000, p. 10-11) afirmaram que haveria o dano patrimonial, o dano moral e o dano existencial.

Mais de uma década transcorreu, inúmeros debates a respeito da pertinência técnica e utilidade prática do dano existencial ocorreram e, atualmente, a matéria segue sem consenso, sendo que doutrinadores e juízes italianos dividem-se entre existencialistas (defensores da autonomia do dano existencial, capitaneados por Cendon e Ziviz, geograficamente centrados em Turim e Trieste) e não existencialistas (partidários de uma tutela indenizatória genérica por danos à pessoa, corrente conduzida por Giulio Ponzanelli, Francesco Busnelli e Giovanni Comandè, geograficamente estabelecidos em Milão e Pisa).

Os "não existencialistas" utilizam ora o argumento de que o dano existencial não teria fundamento normativo (restrição normativa), ora a afirmação de que o dano existencial seria uma voz de dano inútil, inde-

---

[4] PEDRAZZOLI, 2007, p. 506. Esse caso tratava da violação do dever de cuidado do pai, que não cumpriu a obrigação de manutenção do filho.

terminada, atípica considerando o teor dos arts. 2043 e 2059 do CC e sem viabilidade prática (Rossetti, 2007, p. 77)[5]. Além disso, referem que a admissão do dano existencial como figura autônoma poderia ensejar situações de *overcompensation*.

O entendimento não existencialista ressoou na *Corte di Cassazione* italiana, a qual teve a oportunidade de afirmar que a indenização por danos extrapatrimoniais deveria ser onicompreensiva (sentenças ns. 8827 e 8828/2003), questão esta que tem causas e consequências específicas, sem justificativa jurídica direta (Soares, 2013 e Cassano, 2012, p. 673).

No entanto, uma série de sentenças posteriores da mesma Corte (ns. 18641/2011, 20292/2012, 9231/2013, 22585/2013, 1361/2014, 5243/2014, 9320/2015, 7766/2016, 9250/2017, 27229/2017, e, por último, a de n. 901/2018) voltaram a tornar nebuloso o cenário sobre o tema. Sustentou a Corte que a natureza unitária dos danos imateriais indica que o dano moral e o dano biológico podem ser indenizados, assim como a "lesão de qualquer interesse constitucionalmente relevante não suscetível de valoração econômica".

As mais recentes decisões da Corte de Cassação italiana estão admitindo que a indenização por danos imateriais considere as repercussões externas na vida da vítima, exemplificando-se com a *sentenza* n. 901/2018[6]. Trata-se de processo no qual foi apurada a responsabilidade de um ginecologista pelos danos sofridos por uma paciente que, após uma infecção pós-operatória diagnosticada tardiamente, teve desencadeada uma peritonite difusa aguda, para a qual houve necessidade de realização de um novo procedimento cirúrgico mais invasivo e não consentido, do qual resultou sequelas, com consequente violação do direito da paciente e de seu cônjuge a uma procriação biológica.

No texto da mencionada *sentenza*, consta que "a natureza onicompreensiva significa que, na liquidação de qualquer prejuízo não patrimonial, o juiz de mérito deve ter em conta todas as consequências que derivam do evento danoso, sem exceção", evitando-se tanto uma indenização

---

[5] Para Fabiani, não haveria mais motivos para "alimentar a batalha" entre "existencialistas (Prof. Cendon) e não (Prof. Ponzanelli)", mas, sim, seria necessário formar "uma frente comum para delinear, de modo uniforme, os critérios principais e a partir dos quais não se pode prescindir para demonstrar em juízo aqueles 'ulteriores prejuízos existenciais' de que falam as Sezioni Unite". Fabiani, 2012, p. 100.

[6] A *sentenza* está disponível em: http://www.rivistaresponsabilitamedica.it/wp-content/uploads/2018/03/Cass.-civ.-sez.-III-17-gennaio-2018-n.-901-est.-Travaglino.pdf, acesso em 22 nov 2018.

mínima quanto uma "duplicação ressarcitória" (que ocorreria ao atribuir nomes distintos a prejuízos idênticos).

Na *sentenza* 901/2018, afirmou-se expressamente que a (meta) categoria do dano biológico responde ao questionamento sobre a 'sobrevivência descritiva' do dano existencial (a *Cassazione*, na *sentenza* n. 6572/2006-*Sezioni unite*, definiu o dano existencial como "prejuízo de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente verificável", "que modifica os hábitos de vida e as estruturas relacionais que lhe eram próprias, levando-o a escolhas de vida distintas quanto à expressão e realização da sua personalidade no mundo exterior").

A Corte disse ainda que, se houver lesão aos aspectos dinâmico-relacionais da vida da pessoa que experimenta uma ofensa à própria saúde, há dano biológico, em relação ao qual constitui segura e admissível uma compensação que é independente do reconhecimento de um autônomo 'dano existencial', consistente em prejuízo "a todos os aspectos dinâmicos-relacionais da vida da pessoa, decorrentes da lesão à saúde", permitindo-se um acréscimo indenizatório por conta desse fator (a concorrência concomitante de um dano sob o aspecto dinâmico-relacional da vida da vítima, ou seja, indenizam-se tanto o dano biológico quanto o dano existencial).

Com isso, há uma confirmação da autonomia ontológica do dano existencial como voz de dano, embora a indenização seja fixada em um montante único, a considerar todos os danos não patrimoniais ocasionados à pessoa prejudicada.

Segundo a *Corte di Cassazione,* confirma-se a distinção conceitual entre um sofrimento interior (típico de um dano moral), como projeção interna do dano, e uma modificação objetiva danosa nos aspectos dinâmicos da vida da vítima do dano, numa projeção externa da vida desta, e esse "dano relacional" é previsível em todos os casos de dano a outros direitos constitucionalmente tutelados. Nas palavras contidas no julgado, "o dano dinâmico-relacional, portanto (entendido corretamente o sintagma 'dano existencial'), é consequência homogênea da lesão – de qualquer lesão – de um direito sujeito à cobertura constitucional, seja o direito à saúde, seja outro direito (*rectius*, interesse ou valor) tutelado pela Carta fundamental".

Nessa mesma *sentenza* 901/2018, a Corte de Cassação italiana esclareceu que as famosas sentenças gêmeas de 2008 (as que definiram que a indenização por danos extrapatrimoniais deveria ser onicompreensiva) permitem que, após a identificação da situação subjetiva protegida

constitucionalmente (além de "saúde, as relações familiares e parentais, a honra, a reputação, a liberdade religiosa, o direito de autodeterminação ao tratamento de saúde, ao ambiente, o direito de liberdade de expressão do próprio pensamento o direito de defesa, o direito de associação e de liberdade religiosa, etc."), o juiz de mérito execute a análise e valoração, no plano probatório, tanto do aspecto interno do dano (o sofrimento moral em todas as suas vertentes, como a dor, a vergonha, o remorso, a quebra da autoestima, a melancolia e a tristeza), quanto do seu impacto modificativo na vida cotidiana (o dano existencial, corretamente interpretado e muitas vezes mal entendido, ou se for preferível uma expressão menos equívoca, o dano à vida de relação).

Haveria na sentença sob análise, segundo a *Corte di Cassazione*, uma essência dual do dano à pessoa: uma, que é "um sofrimento interior" e outra, que é "a dinâmica relacional de uma mudança de vida" ("alteração significativa da vida cotidiana"). Outros danos autonomamente compensáveis somente são admissíveis se houver prova específica no caso concreto.

Esse entendimento pode ser justificado pela necessidade de enquadramento dos conceitos ao disposto no *Codice delle assicurazioni*, para definição do montante indenizatório a ser pago por meio de seguro. O art. 138 n. 2 alínea "a" do mencionado Código, que "embutiu" o dano existencial no dano biológico, ao prever que este corresponde "a lesão temporária ou permanente à integridade psicofísica da pessoa, suscetível de constatação médico-legal", a qual "impacta negativamente sobre as atividades cotidianas e nos aspectos dinâmicos-relacionais da vida da vítima, independentemente das eventuais repercussões sobre a sua capacidade de produzir renda".

O art. 138 n. 3 do *Codice delle assicurazioni* estabelece que, se a perda constatada tiver um impacto significativo sobre específicos aspectos dinâmico-relacionais pessoais, documentados e objetivamente verificados, o montante da indenização do dano pode ser elevado em até 30% pelo juiz, mediante apreciação equitativa e motivada das condições subjetivas da pessoa lesada.

Há um problema nesse raciocínio, que é o de vincular um dano existencial (ou "dinâmico-relacional") a um dano biológico, quando se sabe que um dano existencial pode decorrer de uma conduta lesiva que não necessariamente cause um dano biológico.

Basta pensar, por exemplo, na situação de um empresário em nome individual idoso que exerce atividade empresarial bem sucedida em um imóvel que em um determinado momento é totalmente destruído por

força de uma ação ilícita de terceiro. Se não for indenizado de modo célere, é provável que não tenha condições de restabelecer o seu negócio, ao menos em patamar equivalente ao da situação anterior à da destruição, gerando um dano existencial que não tem origem em um dano à saúde.

Esse é o entendimento de Ziviz e Bilotta (2004, p. 1309 e ss.), para quem o dano existencial pode ter gênese biológica ou não biológica. Dano biológico e dano existencial, portanto, são figuras jurídicas distintas, assim como o dano moral é voz de dano diversa, que abrange essencialmente um prejuízo que afeta a pessoa em seus sentimentos[7].

De toda forma e independentemente da questão da nomenclatura utilizada, o fato é que tanto o poder judiciário italiano, quanto o de outros países europeus, costumam indenizar alterações indevidas e prejudiciais quanto a aspectos existenciais pessoais e, na Itália, o debate que ainda persiste na contemporaneidade, considerando a posição atual da *Cassazione,* não é quando a compensação dessa voz de dano (que é permitida e atualmente apresenta-se como onicompreensiva), mas apenas a sua configuração como categoria autônoma, ponto sobre o qual não há consenso doutrinário ou jurisprudencial.

3. Percurso do Dano Existencial no Brasil

O sistema de compensação de danos, no Brasil, não contempla a tipicidade propriamente dita e tampouco é fechado quanto as espécies de vozes de dano passíveis de indenização.

No plano normativo constitucional, a tutela dos danos à pessoa está prevista na Constituição Federal, em especial no art. 5º, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, trazendo um inciso específico (o inciso X) para instituir a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem da pessoa.

Não obstante esse inciso X tratar, ao final de seu texto, especificamente da tutela indenizatória, é possível verificar que a

---

[7] Da mesma forma que se diferença do denominado "desvio produtivo", que é o tempo que o consumidor emprega para solucionar um problema a si criado, pelo fornecedor. Esse tempo é um desviado porque, não fosse o problema causado pelo fornecedor, teria sido direcionado para outra atividade do interesse do consumidor. Parece claro ser hipótese de dano-evento, do qual pode ocorrer uma indenização tanto por danos morais quanto por danos patrimoniais. Caso o consumidor tenha que alterar a sua vida por tempo considerável envolvendo-se na resolução do problema, igualmente pode-se ter a configuração de dano existencial. A respeito do tema, veja-se DESSAUNE, 2017, p. 245-250.

Constituição Federal atribuiu extrema relevância e instituiu extensa proteção aos direitos de personalidade, a demonstrar que existe, sob um enfoque preliminar e puramente apriorístico, uma prevalência destes direitos, sobre outros que não estejam em um mesmo patamar de importância.

No plano infraconstitucional, o Código Civil dedica os artigos 11 a 21 aos direitos de personalidade e os artigos 186 e 927 servem como fundamento às ações indenizatórias decorrentes de danos injustamente causados por terceiros (responsabilidade objetiva ou subjetiva).

Tanto o texto constitucional, quanto o texto infraconstitucional, costumam utilizar uma nomenclatura inapropriada, equiparando o gênero dano extrapatrimonial com a espécie dano moral.

Poder-se-ia questionar se o sistema brasileiro preveria apenas a indenização por danos morais de forma onicompreensiva de todos os prejuízos experimentados pela pessoa humana. Porém, o texto da súmula n. 387 do STJ (que permite a cumulação de indenização por danos morais e estéticos decorrentes de um mesmo evento lesivo) e das regras constitucionais referidas, mencionam expressamente vozes distintas de danos, sem repercussão econômica imediata.

Sendo possível expressar figurativamente esse tema, tem-se um guarda-chuva, representando o gênero danos imateriais, e, sob esse guarda-chuva, estão diferentes espécies de danos extrapatrimoniais, tais como o dano à imagem, o dano à intimidade, o dano à vida privada, o dano a identidade pessoal, o dano à honra, o dano moral puro, o dano existencial, o dano à saúde (psicofísica, englobando as subespécies especializada do dano estético e o dano psicológico), etc., os quais podem ocorrer isolada (dano simples) ou conjuntamente (danos anexos), conforme as circunstâncias fáticas de um evento deletério, e suas consequências (Soares, 2017, p. 118).

Especificamente quanto ao dano existencial, sua abordagem doutrinária específica foi inaugurada no Brasil em 2005, com a publicação do artigo intitulado "Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana", da autoria de Amaro Alves de Almeida Neto (Almeida Neto, 2005). Em 2009, foi publicado o primeiro livro tendo como tema o dano existencial (Soares, 2009), sendo que, atualmente, o tema passou a ser explorado em maior extensão no direito brasileiro.

No âmbito jurisprudencial, a primeira referência expressa do dano existencial, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi feita pelo Desembargador Leonel Pires Ohlweiler, em processo julgado

no final de 2011, tratando da suspensão imotivada de fornecimento de água[8] a um cliente de companhia de abastecimento.

No entanto, foi no direito do trabalho que o dano existencial teve maior repercussão e aplicação, inicialmente partindo da Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul.

O resultado de consulta de jurisprudência realizado no sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 4a Região aponta que o primeiro acórdão proferido com referência expressa ao dano existencial é o RO n. 0000105-14.2011.5.04.0241, de março de 2012, tendo como relator o Desembargador José Felipe Ledur[9].

---

[8] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. Apelação Cível n. 70044580918, Relator Des. Leonel Pires Ohlweiler. J. em 19/10/2011. Ementa parcial: "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FORNECIMENTO DE ÁGUA. SUSPENSÃO IMOTIVADA. FATURA PAGA. VIOLAÇÃO EFETIVA A DIREITO DA PERSONALIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE DANOEXISTENCIAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO. PRECEDENTES EPARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO CONSIDERADAS. (...)."
A parte que ajuizou a ação, segundo o acórdão, teria permanecido sem água pelo período de 48h. Esse aspecto deve ser tratado com cuidado, pois o dano existencial somente se configura numa alteração prejudicial relevante no cotidiano pessoal, ou seja, uma modificação prejudicial que se perpetue de modo a causar um grande transtorno, que não seja de parca duração. A angústia, os transtornos transitórios e os incômodos de permanecer sem água por período curto estão mais próximos do dano moral puro e mais distantes do dano existencial propriamente dito.
De toda forma, acertou o Desembargador em acórdão posterior, que reconheceu a ocorrência de dano existencial pela submissão de pessoa a tratamento odontológico desnecessário, equivocado e que não resolveu a queixa de dor da paciente, trazendo prejuízos de longa duração e com repercussão negativa em sua vida (Embargos Infringentes n. 70044303543, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, TJRS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 18/11/2011).
Ambos acórdãos estão disponíveis em: www.tjrs.jus.br.

[9] Tribunal Regional do Trabalho da 4a Região. 1a. Turma. Recurso Ordinário n. 0000105.14.2011.5.04.0241. Julgado em 14/03/2012. Relator Desembargador José Felipe Ledur. Disponível em: www.trt4.jus.br, acesso em 23 nov. 2018. Ementa: "DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele

No aspecto fático, o acórdão avaliou a situação de um trabalhador submetido a habituais jornadas excessivas de trabalho e, na sua fundamentação, o Tribunal afirmou que essas provocavam privações injustas à esfera realizadora pessoal do empregado, fora do ambiente de trabalho, tendo sido reconhecido expressamente o dano existencial como espécie autônoma de dano extrapatrimonial, passível de indenização, tendo como fundamento a dignidade humana.

Recentemente, em setembro de 2018, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por sua 12ª Câmara de Direito Público, em recurso da Relatoria do Des. Souza Meirelles, condenou o Detran ao pagamento de indenização "por danos extrapatrimoniais" ao proprietário de um veículo, que fora envolvido em um acidente. O Detran apontara indevidamente que os danos ao veículo teriam sido de grande monta (o que impediu o licenciamento, a rodagem e a alienação do veículo como tal), quando sequer deveria ter feito esse registro em face da constatação de que os danos eram de menor dimensão. No acórdão, foi feita referência expressa tanto do dano existencial quanto da teoria do desvio produtivo, pois o tempo dispendido pelo proprietário para solução do problema foi substancial e alterou o seu quotidiano de forma indevida e prolongada[10].

No entanto, o TJSP havia referido o dano existencial ainda em 2009, ao julgar um dos famosos casos da "pílula de farinha". A ementa do acórdão é elucidativa e resume com clareza o tema:

---

integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido."

[10] Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). 12a Câmara de Direito Público. Apelação n. 1003969-93.2015.8.26.0482. Rel. Des. Souza Meirelles. J. em 19/09/2018. Disponível em: www.tjsp.jus.br, acesso em 24 nov. 2018. Ementa: "Trânsito – Pretensão à reclassificação de avarias ocorridas em veículo após acidente e compensação por danos extrapatrimoniais - equívoco grosseiro e evidente na classificação das avarias havidas no veículo como de "grande monta", sem respaldo em qualquer ato oficial ou perícia técnica de avaliação do sinistro – reclassificação realizada no curso da lide – perda parcial do interesse processual devidamente reconhecida pelo juízo a quo – requerente que se viu impedido de licenciar e alienar o veículo, sofrendo restrições infundadas no uso e gozo do seu patrimônio – aplicação analógica da teoria do Desvio Produtivo do Consumidor – autor que foi impelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas competências de atividades produtivas e prazerosas para resolver o equívoco da autoridade de trânsito – erro crasso que gera dano extrapatrimonial a ser compensado - recurso parcialmente provido, com observação."

> Caso conhecido como das "pílulas de farinha", sendo de se anotar que o fato de o STJ admitir a indenização em ação civil pública promovida pelos danos decorrentes da ingestão do anticoncepcional Microvlar, da Schering [Resp. 866.636 SP], referendando-a em ação individual [Resp. 1.096.325 SP], constrói modalidade de sentença de efeito erga omnes quanto ao tema jurídico, desautorizando decisões diversas quando as situações fáticas se assemelham - Hipótese em que a autora, com a juntada de carteia e duas drágeas restantes que não possuíam os princípios ativos a que se destinavam, prova ter engravidado pela falha da indústria em não destruir os produtos manufaturados para testes [placebos] da máquina empacotadora recém adquirida e pela culpa quanto à guarda desse material que, infelizmente, foi inserido no comércio como produto regular - Dever de compensar a mulher pela concepção indesejada ou inesperada, como espécie de *dano existencial*, conforme já admitido pelo Tribunal Superior, inclusive em lide ajuizada por defeito de outro anticoncepcional produzido pela Schering [Resp. 918.257 SP] e de pagar pensão à filha, aceita essa fórmula de indenizar como reparação pela perda de chance de cumprir o princípio do cuidado previsto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional sobre os Direito da Criança. Agravo retido não provido e provimento em parte dos recursos [apenas para consignar que a correção monetária do dano moral tem início a partir da sentença que arbitrou o quantum e para elevar a verba honorária para 10% do valor atualizado das condenações. [11]

Apresentado esse resumido – e necessário – histórico do dano existencial no Brasil, passa-se à apresentação de seus fundamentos, o que será feito no próximo tópico.

4. Contornos e fundamento Axiológico do Dano Existencial

O dano existencial compreende uma alteração prejudicial, juridicamente relevante e involuntária, total ou parcial, permanente ou temporária, em uma ou em mais atividades componentes da rotina da vítima, que contribua à sua realização pessoal. Esse prejuízo deve ser relevante qualitativa e verticalmente (ou seja, a atividade realizadora deve ser re-

[11] TJSP. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação n. 9114254-23.2006.8.26.0000. Rel. Des. Enio Zuliani. J. em 29/01/2009. Disponível em: www.tjsp.jus.br, acesso em 24 nov. 2018.

levante para a pessoa); quantitativamente e horizontalmente (é exigível a sua habitualidade).

O dano existencial atinge as atividades realizadoras pessoais, afetando prejudicialmente o seu cotidiano, é sobretudo um dano ao direito de personalidade, atingindo elementos externos essenciais ao livre desenvolvimento pessoal. É uma renúncia involuntária a uma ou mais atividades realizadoras (por um período que realmente atrapalhe a vida da vítima), ou que sejam fonte de bem estar pessoal, ainda que não sejam remuneradas.

Nas palavras Corte de Cassação italiana (*sentenza* n. 6.572, de 24.03.2006 - *Sezione Unite)*, o dano existencial corresponde a um prejuízo que afeta negativamente os "hábitos de vida" e a "maneira de viver socialmente", "perturbando seriamente" a rotina pessoal e privando a pessoa "da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo" (Christandl, 2007, p. 326).

A análise a ser feita, portanto, é casuística.

O dano existencial não se limita a violações ao projeto de vida ou à vida de relações, uma vez que tem em conta o que relevantemente compõe a vivência humana da vítima, que torna a sua rotina autônoma e que é capaz de tornar efetiva a saudável e desejável vida mantida antes do evento lesivo, seja sob o aspecto individual, seja o compartilhado.

Há, dessa forma, um abandono involuntário de atividades pessoais importantes à pessoa, que fazem parte da sua rotina - ainda que não haja intersubjetividade (como na alimentação, higiene, etc.). Nessa espécie de dano, também é objetivamente identificável uma renúncia involuntária das relações intersubjetivas pessoais, em distintos ambientes, em diferentes circunstâncias, construídas em razão de diversos interesses (de saúde, de lazer, de cultura, de religiosidade, de trabalho, etc.).

Por isso, o dano existencial existe para aquela pessoa que, *v.g.*, experimenta um dano à saúde de grande repercussão física, que a impede de escovar os dentes com as suas próprias mãos, assim como pode estar presente na hipótese de uma vítima que deixa de praticar uma determinada atividade esportiva que habitualmente fazia parte de sua rotina, ou de uma pessoa que exercia atividade de catequista na igreja católica e deixa de exercê-la em razão do dano experimentado. A diferença nos casos referidos estará não somente na diferente dinâmica de cada situação, mas igualmente no dimensionamento da indenização, uma vez que o dano existencial é visível em todas elas.

Nesse sentido, até mesmo alterações prejudiciais à esfera laboral pessoal (a vida no ambiente de trabalho) podem ser qualificadas como dano

existencial, uma vez que o trabalho também é meio de autorrealização pessoal (Wandelli, 2012, p. 60) e meio importante ao livre desenvolvimento da personalidade.

O dano existencial manifesta-se sob três pilares de prejuízos relevantes, totais ou parciais, permanentes ou provisórios, com maior ou menor extensão, do universo componente do cotidiano, que são:

> (a) os aspectos individuais (hábitos) da vida da vítima, sem interação de ordem intersubjetiva (primeira projeção imediata do dano existencial) e
>
> (b) os aspectos dinâmicos-relacionais (vida de relações) da vítima, com suas múltiplas teias intersubjetivas (segunda projeção imediata do dano existencial).

A afronta ao projeto de vida (o dano que o elimina, que o protela ou, que o prejudica em sua magnitude ou intensidade), pode ser considerada como projeção futura (no aspecto de potencialidade) do dano existencial ou como dano autonomamente considerado, e nesse último sentido são os estudos de Sessarego (2009, p. 507).

Independentemente do tratamento dispensado à perda do projeto de vida, seja como parte do dano existencial, seja como dano extrapatrimonial autônomo, o essencial a destacar é que essa voz de dano é relevante e deve ser indenizada se ocorrer.

O dano existencial emerge essencialmente de três fontes jurídicas, que são: a dignidade humana, os direitos de personalidade, e a autodeterminação nas atividades realizadoras, que serão objeto de consideração nos próximos tópicos[12].

4.1. Primeiro alicerce: a dignidade humana

Tanto os contornos conceituais da dignidade humana, quanto sua gênese, encontram-se desenhados essencialmente na filosofia e na política (Neirinck, 1999, p. 50 e Silva, 1998, p. 92). O direito apropriou-se desse material, em face da sua inexorável vinculação orgânica aos direitos fundamentais e aos direitos de personalidade, como sustentáculo à sua proteção e motivação à sua promoção. Veja-se que é a dignidade humana que alicerça e justifica os direitos fundamentais, e assim está enunciado no art. 1°, III, da Constituição Federal, o qual prevê que esse

[12] Os tópicos 4, 5 e 6 têm seu conteúdo desenvolvido em Soares (2017), e são expostos aqui com algumas adaptações.

"superprincípio", balizador do constitucionalismo atual (Piovesan, 2007, p. 30), é fundamento da República Federativa do Brasil e um valor a ser promovido e respeitado.

Admitida alguma fluidez em seu conteúdo, a dignidade é regularmente tida como qualidade intrínseca, construída tendo como base a razão e consciência particulares da natureza humana (caracterizada pela peculiar aptidão de atuar sobre o mundo e de interagir, criativamente, com o meio em que a pessoa vive, do modo que entender mais conveniente e segundo a sua vontade e capacidade[13]).

A dignidade humana sustenta o direito ao respeito pessoal e à devida consideração do ser humano por seus pares e pelo Estado, inclusive pela atração de direitos e deveres fundamentais, aptos a protegerem a pessoa contra condutas degradantes ou desumanas, que possam afrontar seus legítimos interesses, que lhe atribui, assim, uma feição dúplice, seja para assegurar a proteção contra ingerências externas alheias que lhe sejam danosas, seja para garantir condições tendentes ao seu respeito e promoção.

Da mesma forma, com o reconhecimento da necessidade de proteção da dignidade e de seus feixes, ela irradia-se igualmente para sustentar uma legítima pretensão ao fomento de "condições existenciais mínimas para uma vida saudável", com a finalidade de propiciar e promover a "participação ativa e corresponsável" da pessoa "nos destinos da própria existência e na vida em comunhão com os demais seres humanos" (Sarlet, 2015, p. 71).

Dela extraem-se quatro importantes princípios jurídicos (Moraes, 2003, p. 119 e Azevedo, 2002, p. 100), que são: a integridade psicofísica do ser humano; a liberdade pessoal (com a finalidade de garantir a autonomia ética pessoal e o exercício de direitos subjetivos e de direitos potestativos, se estiverem de acordo com outros interesses relevantes, tais como os sociais); a igualdade substancial (notadamente a não discriminação arbitrária), e a solidariedade (a ser alcançada mediante o emprego de medidas destinadas à garantia de uma existência digna, em uma sociedade livre e justa, abrangendo também uma ideia de adequada reciprocidade).

Por isso, a dignidade fundamenta inúmeras prerrogativas jurídicas do ser humano, e suscita a necessidade de respeito à integridade psicofísica da pessoa, aos seus atributos inerentes e fundamentais, a demandar

---

[13] Há que se registrar que alguns defendem uma concepção mais ampla de dignidade, não restrita à pessoa humana, capaz de incluir os animais e a defesa de seus direitos, e as próprias questões ligadas ao meio ambiente. O propósito, aqui, em razão do problema proposto, é restringir o estudo da dignidade em relação à condição humana.

o atendimento de condições mínimas para garantia da sobrevivência material, do convívio social igual e da liberdade (Borella, 1999, p. 38).

> Essa contribuição da dignidade humana incide diretamente sobre o direito de danos, em particular aos danos à pessoa e incluindo o dano existencial, o que se vê a partir dos quatro princípios jurídicos dela extraídos, porquanto a igualdade substancial determina:
>
> **I.** que não haja discriminação arbitrária entre as pessoas;
>
> **II.** que seja respeitado o direito de autodeterminação, assegurando-se a possibilidade de escolha e de tomada de decisões (no que tange a direitos e interesses jurídicos que estejam sob a possibilidade de disposição),
>
> **III.** que seja garantida a manutenção da integridade da esfera psicofísica da pessoa humana e
>
> **IV.** que seja assegurada a solidariedade social, objetivando-se a vida digna, numa sociedade livre e justa.

O dano existencial estará presente quando houver o desrespeito aos princípios jurídicos acima expostos, quando:

> **(a)** ocorrer uma discriminação arbitrária, a ponto de alterar de modo injustificado e juridicamente relevante o cotidiano da pessoa;
>
> **(b)** a pessoa humana for injustificadamente privada das possibilidades de escolhas comuns da sua vida, e que dessa privação ocorra uma modificação prejudicial nas suas atividades cotidianas;
>
> **(c)** a vítima sofrer um dano injusto em sua esfera psíquica ou for vítima de um dano à sua saúde física, em razão de conduta imputável a terceiro, que acarrete uma alteração involuntária e prejudicial na sua rotina. Essa possibilidade caracteriza prejuízo a elementos externos de sua vida e hipótese de pluriofensividade da conduta ofensiva, podendo gerar dano à saúde, dano moral e dano existencial, como danos anexos a serem indenizados.

Assim, todo acontecimento ou conduta, atribuível a terceiro, de acordo com os critérios de imputação de responsabilidade por danos (responsabilidade objetiva ou subjetiva) que acarrete uma alteração juridicamente relevante, prejudicial e involuntária nos hábitos de vida pessoal, ou na forma de interação com os demais, em prejuízo da sua realização pessoal e da sua capacidade de gozar a vida, pode ensejar o dever de compensar, por parte do responsável.

4.2. Segundo alicerce: os direitos de personalidade

Os direitos de personalidade, que têm como base a "qualidade de ser pessoa" (Vasconcelos, 2006, p. 5), constituem o segundo alicerce jurídico dos danos extrapatrimoniais. Assim, pessoa e direitos de personalidade mutuamente vinculam-se por um "nexo de natureza orgânica", "que se radica na natureza das coisas" (Cupis, 1961, p. 48), uma vez que, conforme adverte Tepedino (1999, p. 42), "todos os direitos inatos são direitos da personalidade, embora nem todos os direitos da personalidade sejam inatos (ex., o direito moral do autor, cuja existência pressupõe a criação intelectual)".

Os direitos de personalidade, em seu conteúdo e extensão, são delineados com maior concretude no que diz respeito ao seu conteúdo e à sua extensão na constituição da ideia de personalidade como um conjunto de atributos corpóreos e incorpóreos, que satisfazem "necessidades de ordem física ou moral" da pessoa humana (Cupis, 1961, p. 26), e cada um desses atributos revela-se com força própria e proteção jurídica exclusiva, assegurando a integridade dos elementos de interiorização e exteriorização das características emocionais, físicas e comportamentais do ser humano.

Ainda quando atributos de personalidade sirvam à obtenção de benefícios patrimoniais, tem-se que os direitos de personalidade constituem-se em direitos subjetivos com feição imaterial, porque neles não há expressão econômica imediata (Arnoux, 2003, p. 251 e Lôbo, 2001, p. 86), sendo qualificados pela capacidade humana de conscientemente conduzir-se e de proporcionar interações subjetivas, de acordo com as circunstâncias que a pessoa entender mais convenientes, atendendo à sua autodeterminação, respeitando a sua capacidade e guiando-se de acordo com o direito (Soares e Bastos, 2015, p. 192).

As condições necessárias tanto à conservação quanto ao desenvolvimento da personalidade estão compreendidas na noção de direitos de personalidade, os quais são concebidos sob perspectivas de direito objetivo e subjetivo, sendo a tutela objetiva de natureza indisponível, posta no campo da heteronomia e composta pelo "dever de agir perante os outros" e o direito subjetivo de personalidade, disponível e calcado na autonomia privada, estabelecido como um direito de defesa da dignidade pessoal própria, concepção esta que permite o uso medidas jurídicas adequadas e previstas no ordenamento jurídico, para assegurar a sua concreção (Vasconcelos, 2006, p. 24).

Os direitos de personalidade não são nominados de forma exaustiva ou fechada (Viney, 1982. p. 317)[14], embora haja concordância (França, 1980, p. 411 e Bittar, 1989, p. 59) quanto a sua integração pelos direitos à vida, à integridade física, à inviolabilidade moral, à honra, à privacidade, à identidade pessoal e ao nome, voz e imagem, compreendendo o direito à integridade física (direito à vida, ao alimento, e sobre o corpo próprio ou alheio, vivo ou morto, inteiro ou sobre determinadas partes); à integridade intelectual (liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor) e à integridade moral (liberdade civil, política e religiosa, honra, segredo, imagem e identidade).

Todos os componentes dos direitos de personalidade exteriorizam-se em interesses jurídicos. Assim, se há um direito à vida, o atentado à vida pode gerar um dever de indenizar, e esse raciocínio se aplica a todos os direitos de personalidade.

Aqui reside o segundo substrato axiológico do dano existencial: é o imperativo de proteção da vida e da integridade psicofísica da pessoa humana que sustenta a obrigação das demais pessoas e entes personalizados de conduzirem-se no sentido de não lesar, ou seja, de não ocorrência de ingerências prejudiciais externas e internas que possam causar danos juridicamente qualificados.

4.3. Terceiro alicerce: a autodeterminação e as atividades realizadoras, pauta deontológica do Dano Existencial

Conforme visto no tópico precedente, o ser humano é dotado de dignidade, um valor que lhe é intrínseco e atribuído. As atividades realizadoras e integrantes do cotidiano, por sua vez, constituem elementos que contribuem para a preservação da dignidade.

Conforme Savater (1999, p. 141), o ser humano habita no mundo, não de uma maneira puramente acidental, mas aqui está para nele atuar, por força da sua vontade, fruto da sua inteligência articulada,

---

[14] Mota Pinto sustenta que o direito geral de personalidade é aberto de forma "sincrônica e diacrônica" em face da constante ameaça à pessoa humana (PINTO, Paulo da Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In:* Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada***:* construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 68).
No mesmo sentido preleciona (Perlingieri, Pietro. **Perfis de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 155-6.)

transformando-o, evoluindo, exercendo a sua criatividade evolutiva. As atividades realizadoras são das mais diversas feições, abrangendo desde aquelas mais singelas e destinadas ao atendimento de necessidades básicas (alimentação e higiene), como as que destinam-se a realização de outras que igualmente trazem sentido e satisfação pessoal (atividades filantrópicas, artísticas, culturais, físicas, etc.).

E essas atividades servem para propiciar à pessoa o desenvolvimento de suas capacidades e habilidades, a convivência evolutiva e a realização pessoal (Savater, 1999, p. 141), e elas somente se justificam e caso cumpram essa função, que sejam úteis e legitimamente quistas.

Assim, o direito concede proteção jurídica a essas atividades, assegurando a independência da consciência pessoal, e condições mínimas de atendimento pois as atividades realizadoras são um meio de concretização da dignidade.

A segurança humana representa a necessidade de proteção e preservação das liberdades humanas e da vida cotidiana contra ocorrências lesivas não admissíveis em condições normais (por exemplo, enfermidades evitáveis), numa noção positiva de crescimento econômico e social sob o postulado da equidade (Sen, 2014, p. 23) e sustentada pelos direitos fundamentais. Esse caminho, na esfera jurídica, tem como objetivo a extinção ou redução de vulnerabilidades humanas psicofísicas que sejam evitáveis e indesejadas.

E, na esfera do direito de danos, essa compreensão adquire relevante significado, e se acentua notadamente nas atividades realizadoras individuais e intersubjetivas da pessoa humana, que, caso sejam atingidas de modo relevantemente prejudicial, podem ensejar o dever de indenizar por dano existencial.

A pessoa humana tem o direito de executar as atividades individuais ou coletivas que, segundo as suas conveniências, entenda que é o mais adequado ao atendimento dos seus legítimos interesses, pois a preservação do direito de escolha do "eu autônomo" conforme a sua vontade, é representação fática da humanização real e do pleno exercício autônomo da autodeterminação.

Conforme Kuiava, a ética "é o lugar da própria emancipação e, nesse sentido, de produção do ser humano como ser que se edifica a si mesmo na medida em que se autodetermina" (1997, p. 302-303), e essa autode-

terminação é violada quando, por exemplo, uma pessoa é submetida a trabalho em condição análoga à de escravo[15].

A mera submissão da pessoa à condição de objeto, sem que disso resulte aceitáveis benefícios a esta, gera uma situação de reprovabilidade, sobretudo jurídica, pois acarreta restrições intoleráveis que podem gerar um comprometimento ao curso normal da vida, de todo indesejável.

5. Conteúdo do dano existencial

Conforme visto nos itens precedentes, o dano existencial está vinculado a uma modificação prejudicial relevante e involuntária de aspectos formadores do cotidiano, no sentido de que a pessoa tem direito de autorrealização e de livre desenvolvimento de sua personalidade naquilo que faz, independentemente de sua motivação (faz porque é parte do atendimento de suas necessidades, como alimentar-se, vestir-se, dormir, higienizar-se, etc.; faz porque a lei determina que assim o faça, como votar; faz porque algo lhe dá satisfação pessoal, como realizar uma atividade recreativa, o próprio trabalho; faz porque é importante para a sua saúde como, *v.g.*, fazer exercícios).

A alteração que enseja a ocorrência de dano existencial inclui os aspectos abaixo relacionados.

a. um não mais poder fazer

Isso ocorre quando a pessoa, por força da conduta lesiva da qual foi vítima, não mais tem condições de praticar algo que tinha o hábito de fazer.

Por exemplo, um serralheiro que, em razão de um acidente de trânsito, deixa de jogar futebol (alteração prejudicial em relacionada a elemento externo ao contrato de trabalho) e também não mais consegue manusear o próprio equipamento que era sua ferramenta de trabalho (afetação negativa vinculada a um elemento interno ao contrato de trabalho).

---

[15] Conforme Brito Filho, o trabalho em condições análogas à condição de escravo representa o exercício do trabalho com limitação - de qualquer forma - à liberdade do trabalhador, ou a não observância dos direitos mínimos necessários ao resguardo da dignidade do trabalhador. BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Trabalho escravo contemporâneo**: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006. p. 133.

Igualmente é o que ocorre, *v.g.*, com o gerente de um banco diagnosticado com estresse pós-traumático decorrente de sucessivos assaltos à agência bancária na qual trabalhava, condição essa que lhe retira a possibilidade psíquica de desempenho da sua profissão, temporária ou permanentemente[16]. Um evento lesivo como esse (assalto) pode ensejar a ocorrência concomitante de mais de um dano extrapatrimonial (danos anexos), como, por exemplo, o dano psicológico e o dano existencial.

Tanto a afetação prejudicial de aspectos que já integravam o modo de ser da pessoa, e de se relacionar externamente, quanto as potencialidades e projetos futuros que foram frustrados, temporária ou permanentemente, parcial ou completamente, em razão de uma conduta lesiva juridicamente relevante (presentes todos os pressupostos de responsabilização), são passíveis de indenização.

b. um ter que fazer diferente

Tem-se quando a pessoa que sofre o dano precisa executar suas atividades cotidianas de modo diverso daquele que costumava fazer. Isso ocorre, por exemplo, no caso de ocorrência de um dano ambiental, como a tragédia do rompimento da barragem da mineradora Samarco, em Minas Gerais, ocorrido em novembro de 2015, que deixou inúmeras pessoas sem casa, trabalho e condições de sobrevivência adequadas, pois até mesmo a água e o solo foram contaminados por rejeitos de minério altamente tóxicos.

Também pode ser exemplificado pela vítima de um atropelamento, cujo choque automobilístico causa-lhe lesão na coluna, tornando-a paraplégica. Todas as atividades que antes eram feitas com plena independência (caminhadas, trilhas, trabalho, atividades físicas) terão que ser adaptadas para possibilitar que de alguma forma possam ser executadas.

Esse ter que fazer diferente também integra o dano existencial.

c. um ter que fazer que não necessitava fazer antes

O dano existencial também está presente na hipótese da pessoa que sofre um dano ter que modificar a sua rotina, realizando atividades que antes do evento lesivo não precisava praticar, como em casos de vítimas

---

[16] Sobre esse e outros tipos de "dano-evento" na seara laboral, vide DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15a. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 680-728.

de erro médico, exemplificando-se no caso de pessoa que se submeteria a uma cirurgia para amputar a perna direita e no procedimento amputa-se a perna esquerda[17].

Assim, a pessoa que, em razão do tratamento, teria apenas uma perna, acabará perdendo as duas pernas por causa do erro no procedimento cirúrgico. Com isso, a vítima terá que aprender a conviver com uma cadeira de rodas e, ainda que consiga readaptar-se, passará a incorporar outros hábitos de vida que não tinha antes, como uma nova forma de trabalhar, de mover-se, de praticar atividades físicas, além de uma atenção mais constante à sua saúde, com consultas médicas, tratamentos envolvendo a administração de medicamentos, fisioterapia, intervenções cirúrgicas (conforme o caso), etc.

Assim, essa modificação prejudicial de vida causa dano existencial e dano à saúde física (possivelmente dano estético e também dano psicológico, mas isso dependerá de uma análise casuística).

Conforme visto, o dano a saúde tem diferentes variáveis, abrangendo tanto a esfera física em aspecto amplo, quanto especificamente o dano estético – ambos concebidos como danos físicos; bem como o dano psicológico, também conhecido como dano psíquico. Não há correlação necessária entre dano existencial e dano à saúde, mas é provável que quem seja vítima de um dano à saúde desencadeie um dano existencial.

d. uma necessidade de auxílio para poder fazer

É possível a ocorrência de dano existencial quando a pessoa, em razão do dano, precisar de auxílio para poder realizar determinadas atividades que fazem parte de seu cotidiano.

Christandl (2007, p. 77) afirma que o dano existencial trata de condutas ou fatos lesivos que acarretem repercussões negativas ao cotidiano da vítima (integral ou parcialmente), seja em relação às atividades que não mais poderão ser realizadas, seja quanto ao que somente poderá ser feito de maneira limitada, ou, ainda, ao que não era feito, mas que passará a ser feito a partir do evento lesivo, tratando-se de uma alteração inevitável ao estilo de vida.

---

[17] Conforme noticiou o portal da *web* G1: "Família acusa hospital do Rio de ter amputado perna errada de paciente." Disponível em: http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2013/10/familia-acusa-hospital-do-rio-de-ter-amputado-perna-errada-de-paciente.html, acesso em 24 nov 2018. A notícia foi veiculada em 07/10/2013.

Isso acontece, por exemplo, com o empregado de uma concessionária de energia elétrica, que recebe uma descarga elétrica no desempenho da sua função. Esse acidente causa-lhe sequelas neurológicas graves e irreversíveis, as quais o tornam dependente de outras pessoas para atividades que não dispensam uma boa motricidade, perdida em razão da eletrocussão.

Desse tópico, também é possível confirmar a relação axiológica direta entre dignidade humana (notadamente os feixe da autodeterminação e da integridade psicofísica) e o dano existencial.

Expostas essas importantes considerações a respeito do tema, parte-se para as considerações finais, contemplando os principais pontos referidos neste texto.

6. Considerações finais

Nesse texto, foi possível constatar que, a partir da metade do século passado, os interesses pessoais vinculados a interesses extrapatrimoniais passaram a ter maior relevância jurídica.

O direito europeu buscou tratar tais aspectos de diferentes maneiras, conforme cada país. O direito italiano, em especial, tem sido hesitante no reconhecimento da autonomia do dano existencial como categoria autônoma de dano extrapatrimonial, entendimento esse com a finalidade de evitar demandas frívolas e a super compensação, embora tenha reconhecido que é necessário indenizar alterações prejudiciais relevantes aos hábitos de vida da vítima e as estruturas relacionais que lhe eram próprias.

No Brasil, o dano existencial começou a ser referido doutrinariamente a partir dos anos 2000, e há acórdãos reconhecendo a sua autonomia e possível indenização, a qual costuma ser arbitrada de forma onicompreensiva.

O dano existencial está fundado na dignidade humana (em especial nos feixes de integridade psicofísica e autodeterminação), na proteção aos direitos de personalidade e no livre desenvolvimento desta personalidade. Há proteção constitucional dos interesses juridicamente protegidos vinculados a esses direitos, tanto no Brasil, quanto na Itália. Trata-se de um dano-consequência, permitindo-se que seja cumulado com outros danos extrapatrimoniais que decorram de uma conduta lesiva juridicamente tutelada e que enseje responsabilização.

O texto também indicou a conveniência de haver uma classificação dos danos extrapatrimoniais, pois cada dano imaterial possui contornos próprios que influenciam a condução do processo, a forma de instrução

probatória, e a definição do montante da indenização, tendo reflexos, inclusive, na coisa julgada. A não sistematização dos danos extrapatrimoniais pode ter efeitos indesejados, maiores do que aqueles possíveis por eventuais imprecisões ou dissensões terminológicas a respeito do assunto.

De toda forma, não é admissível deixar de indenizar a vítima de um dano relevante em seu modo de conduzir a vida, em razão de uma conduta alheia que possa ser juridicamente passível de enquadramento como hipótese de responsabilização.

Deve-se atentar para a necessidade de que o dano existencial não seja utilizado indevidamente, tendo-se o cuidado de determinar o que realmente seja um interesse juridicamente relevante e que a alteração na rotina tenha repercussão suficiente a ensejar tutela pelo direito, seja para evitar que um dano realmente importante seja indenizado, seja igualmente para não fomentar uma judicialização da vida, pois todos experimentam, em maior ou menor grau, perdas e ganhos no decorrer da sua trajetória, e não é possível imputar sempre os insucessos a terceiros ou querer que qualquer perda, independentemente do seu grau, seja indenizada.

Referências

ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*. Vol. 24/2005, p. 21 - 53, Out.-Dez./2005.

ARNOUX, Irma. *Les droits de l'être humain sur son corps*. Bourdeaux: Presses universitaires de Bordeaux, 2003.

Azevedo, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro. *Revista da USP*, São Paulo, n.53, p. 90-101, março/maio 2002.

BILOTTA, Francesco. Il danno esistenziale: l'isola che non c'era. *Danno e responsabilità*. n. 4. Milano: Ipsoa, 2001. p. 398-407.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Borella, François. Le concept de dignité de la personne humaine. *In*: PEDROT, Philippe (Org.) *Ethique, droit et dignité de la personne*. Paris: Economica, 1999.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de

seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. *In*:VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo*: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006.

CASSANO, Giuseppe. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2012.

CASTRONOVO, Carlo. *Danno biologico*. Un itinerario di diritto giurisprudenziale. Milano: Giuffrè, 1998.

CHRISTANDL, Gregor. *La risarcibilità del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2007.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução Adriano Vera Jardim e António Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15a. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor*: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed.Vitória: s.e., 2017.

FABIANI, Massimiliano. *Criteri di personalizzazione del danno non patrimoniale*. Milano: Giuffrè, 2012.

FRANÇA, Limongi. *Manual de direito civil*. 4a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GRIMALDI, Luigi. *Pareri di diritto civile 2011*: 70 casi risolti per l'esame di abilitazione alla professione forense. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore. 2011.

KUIAVA, Evaldo A. Subjetividade transcendental e alteridade. *In*: BOMBASSARO, Luiz Carlos; PAVIANI, Jayme (org.). *Filosofia, Lógica e existência*. Caxias do Sul: Educs, 1997.

LISERRE, Antonio. Lezioni di diritto privato. 3a. ed. Milano: Giuffrè. 2014.

LÔbo, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos de personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, abr./jun. 2001.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Do ressarcimento de danos pessoais e materiais*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1984.

MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e direito privado*. Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007.

NEIRINCK, Claire. *La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique*. *In*: PÉDRO, Philippe (dir.). Éthique, droit et dignité de la personne. Paris: Economica, 1999.

PEDRAZZOLI, Marcello. Appunti preliminari sul danno alla persona nel mercato del lavoro. *In*: PONZANELLI, Giulio. *Critica del danno esistenziale*. Padova: Cedam, 2003.

Perlingieri, Pietro. *Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Paulo da Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada:* construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSSETTI, Marco. L'inutilità del danno esistenziale. In: PONZANELLI, Giulio (org.). *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale,* Padova: Cedam, 2007. p. 59-94.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de direito administrativo*. n. 212. 1998.

SAVATER, Fernando. *Las preguntas de la vida*. Barcelona: Editorial Ariel. 1999.

SEN, Amartya. Birth of a discourse. *In*: MARTIN, Mary; OWEN, Taylor (org.). *Routledge Handbook of Human Security*. New York: Routledge, 2014.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Los 25 años del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Motivensa, 2009.

SOARES, Flaviana Rampazzo; BASTOS, Isis Boll de Araújo. "Avanços tecnológicos e proteção *post mortem* dos direitos de personalidade por meio do testamento". *Revista Fórum de Direito Civil* – RFDC. Set.-Dez. 2015. Ano 4. N. 10. p. 189-205.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Definição dos contornos dos danos extrapatrimoniais, a partir de uma abordagem comparada. *Revista Eletrônica* ***Ad Judicia*** *OAB-ESA*. Ano 1. N. 1, out- nov.- dez./ 2013, disponível em http://www.oabrs.org.br/esa/revista/colunista/flaviana-rampazzo-soares/14, acesso em 2 de fevereiro de 2016.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero "danos imateriais". *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 197-227, set. 2012.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SOARES, Flaviana Rampazzo. A construção de uma teoria do dano existencial no direito do trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo. *Danos extrapatrimoniais no direito do trabalho* (coord.). São Paulo: LTr, 2017. p. 117-129.

TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In:* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade.* Coimbra: Almedina, 2006.

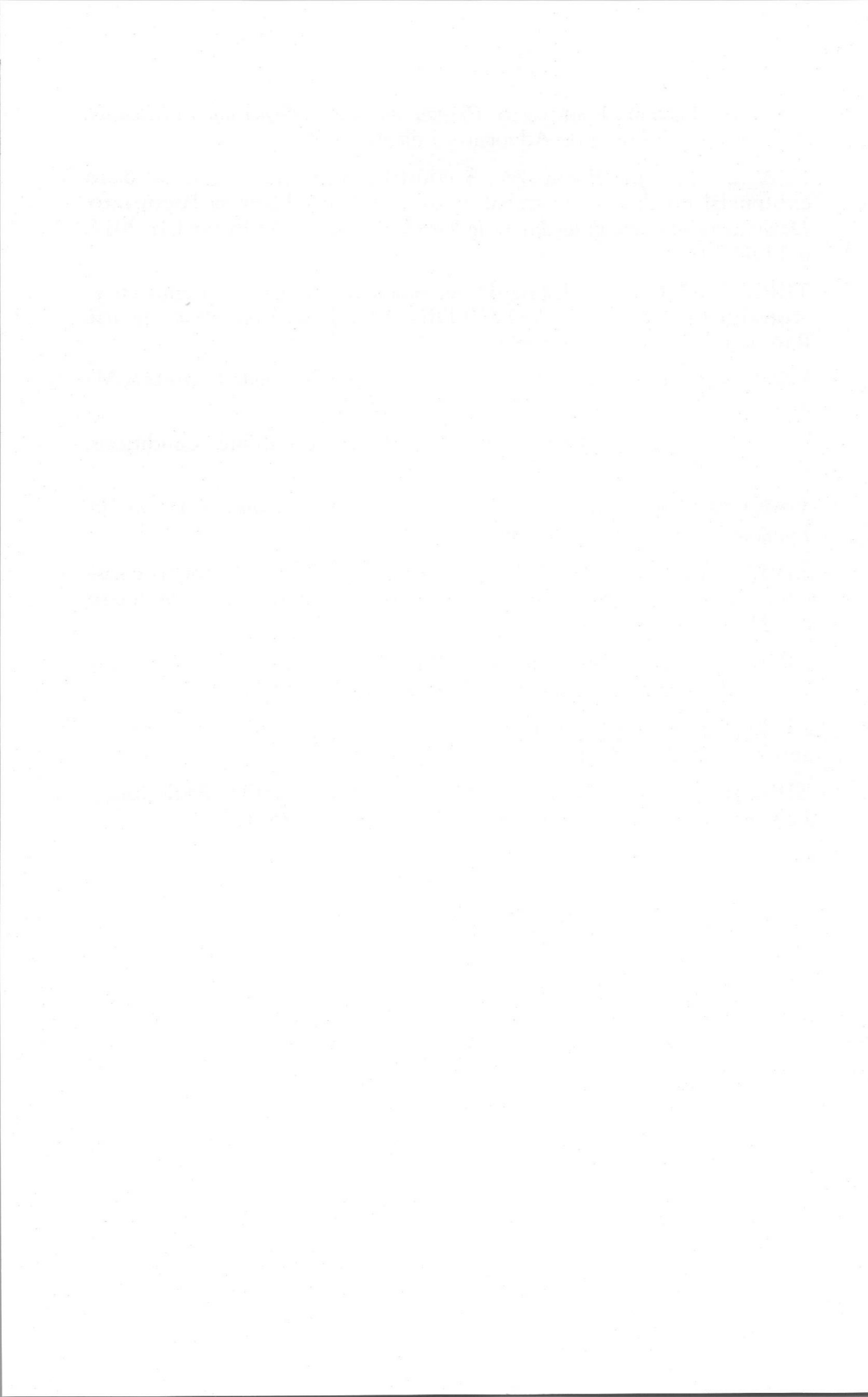
VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil.* La responsabilité: conditions. Paris: LGDJ, 1982.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *O direito humano e fundamental ao trabalho: Fundamentação e exigibilidade.* São Paulo: LTr, 2012.

ZIVIZ, Patrizia; BILOTTA, Francesco. Danno esistenziale: forma e sostanza. In: www.personaedanno.it, artigo postado em 07/12/2004, acesso em 21 nov 2018.

ZIVIZ, Patrizia; CENDON, Paolo. *Il Danno esistenziale.* Una nuova categoria della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 2000.

ZIVIZ, Patrizia. Alla scoperta del danno esistenziale. *Contratto e Impresa,* ano X, núm. 2, Cedam, 1994, p. 845 -869.

ZIVIZ, Patrizia. Il danno non patrimoniale. In: CENDON, Paolo (org.). *La responsabilità civile.* v. VII. Torino: Utet, 1998. p. 225-411.

O dano existencial sob a perspectiva da reparação integral: *destaques doutrinários e jurisprudenciais*[1]

Andrea Cristina Zanetti[2]
Fernanda Tartuce[3]

1. Dano existencial na perspectiva da reparação integral

O princípio da restituição integral (*restitutio in integrum*) está atualmente previsto nas disposições do Código Civil Brasileiro e sintetiza o ideal do legislador em recolocar todo aquele que sofre dano injusto ao estado anterior à ocorrência do evento danoso. É árdua a tarefa de buscar a equivalência entre os prejuízos percebidos e a indenização devida (SANSEVERINO, 2010, p. 48). Na expressão de Massimo Bianca o princípio em questão retrata o reconhecimento formal e geral da ressarcibilidade do dano que acarreta em lesão ao interesse legítimo de outrem (BIANCA, 2002, p. 977).

O princípio da restituição integral pode ser extraído do *caput* do artigo 944 Código Civil (CC): é a extensão do dano verificado no caso concreto que determina a medida da indenização devida, determinando que o

---

[1] Artigo aceito para publicação na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, ed. mar/abr. 2019.

[2] Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora da graduação do Instituto de Direito Público de São Paulo, professora dos cursos de especialização em Direito Civil e Processo Civil da Escola Paulista de Direito (EPD). Membro do Instituto de Direito Privado (IDP). Advogada e autora de publicações jurídicas na área de Direito Privado. Email: <andrea.zanetti@idpsp.edu.br>.

[3] Doutora e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professora e coordenadora em cursos de Pós-graduação lato sensu em Direito Civil e Processual Civil na Escola Paulista de Direito (EPD). Membro do IBDFAM, do IASP e do IBDP. Advogada, mediadora e autora. Email: <fernanda.tartuce@unialfa.com.br>.

causador do dano a outrem o indenize de maneira a garantir o máximo possível a restauração do *statu quo ante* para a parte que sofre o prejuízo.

O princípio da reparação integral pode encontrar parâmetros de ajuste, como *limites legais e convencionais* a exemplo das disposições do art. 403 do CC; da possibilidade de redução equitativa prevista no parágrafo único do art. 944 do CC ou ainda da previsão de cláusula que estabeleça teto para a indenização patrimonial nas relações empresariais[4]; de todo modo, em nenhum momento essa parametrização do *quantum debeatur* interfere no reconhecimento dos diferentes danos que possam surgir da ação ou omissão do agente causador do prejuízo injusto.

Além disso, o ressarcimento não deve se limitar a um determinado formato – como por exemplo, apenas a indenização em pecúnia por esta se mostrar prática ao causador do dano. Segundo a análise da situação concreta, deve-se considerar a possibilidade de ressarcimento *in natura* (traduzindo-se em obrigações de fazer ou dar, por exemplo), se a modalidade atender ao interesse do prejudicado.

Consoante o artigo 947 do Código Civil, *se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.* A previsão deixa assente a preocupação do legislador em buscar inicialmente a reparação *in natura*, se esta é a forma que melhor atende a pessoa lesada.

Feitos esses apontamentos iniciais, retomemos a relação entre reparação integral e dano. O legislador do Código Civil brasileiro apresenta o artigo 944, que remete ao princípio da restituição integral, como norma geral cujo preenchimento de conceitos necessita de elementos concretos a serem apurados caso a caso.

Vale ponderar que em nenhum momento o legislador classifica ou individualiza as espécies de dano que compõem a restituição integral - o que não poderia ser diferente, já que a prova no caso concreto será determinante para a identificação dos danos ocorridos e, consequentemente, da indenização a ser calculada.

---

[4] Também é possível às partes contratantes estipularem cláusulas que estabeleçam um valor máximo para eventual indenização, sobretudo em relações empresariais e civis puras. Para visão sobre limites ao princípio da reparação integral no direito pátrio recomenda-se a leitura da obra de Wanderley Fernandes. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade.* São Paulo: Saraiva, 2013. Ver também estudo de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, *Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro,* disponível em *civilistica.com*. Ano 7, n.1, 2018. [civilistica.com a.7.n.1.2018]. Disponível em civilistica.com. Acesso em 17.11.2018

Mesmo assim, a construção doutrinária e jurisprudencial no Brasil constantemente direciona-se para o ressarcimento de danos materiais (patrimoniais) e de danos morais (este habitualmente empregado como sinônimo do dano extrapatrimonial[5]), havendo a possibilidade de cumulação do pleito de ambos quando devidamente comprovados.

Mas, afinal, o que compõe o dano patrimonial e, principalmente, o dano extrapatrimonial, ambos vistos sob a perspectiva da reparação integral? É essa questão que nos auxiliará a delinear os principais danos compreendidos na expressão "dano extrapatrimonial". O entendimento que identifica dano moral como sinônimo de dano extrapatrimonial é condizente com a atual realidade? Enfim, compreender o sentido atual do dano patrimonial e extrapatrimonial é a forma de delinear os contornos do princípio da restituição integral no nosso ordenamento.

Em uma segunda perspectiva, considerando as contribuições da doutrina italiana, estudaremos o denominado "dano existencial", ou dano ao projeto de vida da pessoa, e analisaremos se ele estaria compreendido no significado de dano moral. Poderíamos admitir entre nós a possibilidade do ressarcimento também do dano existencial, além do dano moral, não obstante a ausência de sua menção expressa em nossa legislação civil? O dano existencial está contido na expressão dano moral? Dano moral e dano existencial poderiam compor a expressão "dano extrapatrimonial" ou somente o dano moral? Reconhecer ou não o dano existencial impacta no princípio da reparação integral em nosso ordenamento? Esses são nossos objetos de estudo.

1.1. Divisão doutrinária

Nossa legislação não apresenta uma classificação expressa para o dano reparável. O artigo 186 do CC estabelece apenas que o violador do direito de outrem, seja por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O artigo 187 do CC também declara como ilícito o exercício de um direito que se desvirtua da sua finalidade econômica ou social, ou excede os limites da boa-fé ou bons costumes.

O artigo 927, por fim, determina que aquele que pratica ato ilícito e cause dano a outrem fica obrigado a repará-lo, o que remete aos atos ilícitos dos dispositivos dos arts. 186 e 187. Isso não significa que o ato

---

[5] Conferir exemplos na nota 5.

lícito, gerador de danos, também não possa gerar o dever de ressarcir (a exemplo do § 6º do artigo 37 da Constituição), contudo, em nenhuma dessas hipóteses há a indicação clara e taxativa de quais as espécies de danos ressarcíveis.

A doutrina, por sua vez, apresenta classificações com o intuito de facilitar a compreensão; contudo, não podemos dizer que se trata de um trabalho acabado ou que haja unanimidade entre os estudiosos quanto à classificação. Não trataremos de todas as classificações nesse trabalho, sendo nosso objetivo identificar as principais delas a partir de uma visão evolutiva com a intenção de aclarar nossa escolha por uma determinada forma classificatória.

Uma das principais classificações divide os danos materiais dos morais. A indenização por danos morais, de forma diversa da referente aos danos materiais, não foi um assunto pacífico em princípio. Como assinala Silvio Rodrigues, entre os argumentos daqueles que defendiam a tese da impossibilidade de indenizar o dano moral, independentemente dos danos materiais, estavam a dificuldade de cálculo e a imoralidade de atribuir valor material a bem de valor imaterial (GARCEZ NETO. 1984, p. 52-53)

C.om as contribuições dos arts. 1º e 5º, incisos V e X da Constituição de 1988 e o reconhecimento jurisprudencial dado pela Súmula 37 do STJ (DJ 17.03.1992), que esclareceu a possibilidade de cumulação das *indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*, ficou superada a antiga discussão sobre a reparabilidade autônoma do dano moral (ALMEIDA NETO,s.d, p. 1-2)

Qual a razão dessa menção histórica ao reconhecimento do dano moral? Ora, foi esse reconhecimento dos danos morais que reforçou a divisão entre danos materiais e danos morais já empregada em obras doutrinárias da década de 90 e até anteriormente (THEODORO JUNIOR, 1990; RODRIGUES, 2008), sendo essa a divisão habitualmente adotada entre os expoentes do direito pátrio (DIAS, 2012; STOCO, 2013).

Não obstante, também podemos encontrar juristas que optam pela divisão entre danos patrimoniais e danos à pessoa, como o faz Clovis V. do Couto e Silva (2015,p.333-348) ou ainda a expressão dano extrapatrimonial para incluir as diversas subespécies de danos à pessoa (tais como honra, imagem, intimidade, projeção social da personalidade, danos, entre outros), tal como anotam Judith Martins Costa (2001, p. 181-207) e Sérgio Cavalieri (2015, p. 103) contudo, essas formas ainda não são majoritárias.

Com a consolidação dos direitos da personalidade – dada pela concretização do texto constitucional de 1988 (arts 1º, III; art. 5,V e X; art. 6º

CF) e pelas disposições do Código Civil (arts. 12 e 52, CC) - temos que os danos morais são apenas uma das espécies possíveis de danos à pessoa.

Tratado o termo "dano moral" em conceito estrito, o mesmo não alcança os demais danos que podem relacionar-se à pessoa e sua personalidade, razão pela qual nossa preferência está no termo "dano extrapatrimonial" ou "dano à pessoa" quando nossa abordagem relacionar-se aos danos à personalidade (incluindo, portanto, dano moral, dano existencial, dano estético e demais danos à pessoa). Aprofundaremos as razões a seguir.

1.1.1. *Dano patrimonial e dano extrapatrimonial ou à pessoa*

O dever de reparação advindo de ato ilícito está exposto no Código Civil nos artigos 186 e 927, *caput*. Em linhas gerais, ambos estabelecem àquele que atuar ou se omitir, culposa ou dolosamente, de sorte a violar direito alheio e causar dano a outrem, a obrigação de repará-lo.

Na dicção do artigo 186 "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". O ato ilícito, tal como definido nesse dispositivo determina a obrigação de reparação (art. 927 do CC). Vale notar que o parágrafo único do artigo 927 também contempla o dever de reparação nas situações em que o dano é verificado independentemente da culpa do agente (responsabilidade objetiva), mas sem delimitar as espécies de danos.

Da análise do artigo 186 observa-se que o legislador inclui danos de forma geral, inclusive o dano moral. Seguindo a divisão de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, temos os danos patrimoniais ou danos materiais, subdivididos em dano emergente e lucro cessante e, de outro lado, como dano extrapatrimonial o dano à pessoa, entre eles, o dano moral indicado no art. 186 do CC.

Não nos deteremos sobre os danos patrimoniais, já que nosso objetivo é o estudo de hipóteses de danos extrapatrimoniais, mas cumpre ao menos indicar, em uma definição geral, que os danos emergentes se constituem na diminuição efetiva do patrimônio da pessoa e os lucros cessantes[6] são a frustação de um ganho futuro, de um ganho esperável

---

[6] Convém pormenorizar que atualmente tanto a doutrina quanto os tribunais admitem a indenização de dano que decorre da perda de uma chance. A Teoria da perda de uma chance (*perte d'une* chance), na compreensão de Sérgio Cavalieri Filho, guarda relação com o lucro cessante e trata especificamente dos *casos em que o ato ilícito tira*

(JORGE, 1995, p. 377) Imagine, por exemplo, a situação do motorista particular que realiza corridas com o uso de aplicativo para celulares e que sofre acidente de trânsito: impossibilitado de utilizar o carro por um mês até o conserto do veículo (danos materiais), deixará o motorista de auferir rendimentos enquanto o carro não for reparado (lucros cessantes).

Os danos extrapatrimoniais, por sua vez, têm em conta os interesses merecedores de tutela relacionados à personalidade. Podemos apontar seu norte no art. 1°, III da Constituição Federal, previsão que positiva o princípio da dignidade humana; todavia, convém lembrar que há um preceito geral anterior que também norteia a indenização para esses casos.

A reparação, como ato de relevância jurídica para a pessoa lesada por dano injusto (MAZZOLA, 2008, p. 46), é a concretização da máxima *neminem laedere* (não lesar outrem) de origem romana, princípio que é o fundamento central da responsabilidade civil (DONNINI, 2015, p. 35). É por esse preceito que o dano, patrimonial ou extrapatrimonial, uma vez comprovado, deve ser indenizado.

A legislação aponta exemplos de danos à pessoa, mas em nenhum momento as disposições são taxativas. Parecia estar ciente o legislador que a dinamicidade da evolução humana, a variação de riscos e o advento de novas atividades poderiam ocasionar o surgimento de novos danos ainda não positivados. Entre as subespécies de danos à pessoa positivados há o dano moral (art. 5°, V e X CF e 186 CC), o dano à imagem (art. 5°, V CF), o dano à honra (art. 5°, X CF), o dano à intimidade (art. 5°, X CF) e, de uma maneira geral, o dano aos direitos da personalidade (art. 12, CC).

Da análise da expressão dano extrapatrimonial, Judith Martins Costa (2001, p. 194) anota que sua acepção ampla inclui como subespécies:

> os danos à pessoa ou à personalidade, constituído pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os "danos ao projeto de vida", e ao "livre desenvolvimento da personalidade", os danos à vida de relação, inclusive o "prejuízo de afeição" e os danos estéticos. Inclui ainda outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais.

---

da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. É a conduta do agente que faz com que a haja a perda da possibilidade de um benefício futuro para a vítima. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. Rio de janeiro: Grupo GEN. 2015, p. 72

Também é comum encontrar a expressão "dano moral" sendo empregada como sinônimo de dano extrapatrimonial pela doutrina; por tal razão seu sentido – quando utilizado como diferenciação em relação ao dano material ou patrimonial – não se atém apenas ao conceito de mera alteração de ânimo ou alterações de caráter psíquico ou somático em decorrência do evento danoso (BITTAR, 2014, p.42). Logo, mesmo que o sentido estrito seja mantido (reputando o "dano moral" como alteração interna do estado de ânimo da pessoa, relativo ao sofrimento, à *situação de aflição psicológica e de angústia*[7]), a expressão também é amplamente empregada como sinônimo de dano extrapatrimonial. Como exemplo, afirma Rui Stoco (2013, p. 177) que o dano moral é *a ofensa causada à pessoa a parte 'subjecti', ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim todos os atributos da personalidade.*

Essa tendência de identificação é observada não só na doutrina como também nos nossos Tribunais. Nos textos das decisões podemos encontrar referências ao dano moral em sentido estrito, como dano específico atinente à alteração do ânimo ou espírito da pessoa, bem como em sentido lato, logo, como dano à pessoa ou personalidade.

Como exemplo do sentido estrito, destaca-se trecho do voto da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: o relator Min. Herman Benjamin assinalou que *como a paciente foi vítima de cirurgia plástica mal- sucedida na mama - fato que lhe ocasionou sequelas físicas e transtornos psicológicos graves* – merecia a fixação de danos morais em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). (STJ, Segunda Turma, REsp 1071158 / RJ, Ministro Herman Benjamin, j. 20/02/2018, DJe 14/11/2018)

Na acepção mais ampla do termo, em ação de indenização envolvendo operadora de plano de saúde que se negou a realizar procedimento de emergência para o beneficiário, a 1ª Câmara de Direito Privado, no voto do relator Desembargador Cláudio Godoy, anotou que a situação examinada nos autos (negação de internação hospitalar em caráter de emergência pela seguradora motivado por exigência de prazo de carência), direciona a compreensão do dano moral como *qualquer violação a direitos que têm seu valor fonte na dignidade humana - ou seja, os direitos chamados da personalidade.*(TJSP, Apel. Cível nº 1021270-35.2015.8.26.0100, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel Des. Claudio Godoy, j. 13/11/2018. DP, 13/11/2018).

---

[7] STJ, Terceira Turma, AgInt no AREsp 1326316 / DF, Ministra Nancy Andrighi, j. 22/10/2018, DJe 25/10/2018.

Feita essa breve distinção sem pretensão de encerrar as questões classificatórias, podemos considerar primeiramente que o "dano moral" visto no sentido estrito de dano psíquico ou sofrimento pessoal não consegue abarcar outros danos à personalidade. Já o sentido estendido do termo – em que "dano moral" é compreendido e empregado como sinônimo de extrapatrimonial - pode incluir os danos à personalidade. Este último sentido depende das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras.

Em nosso sentir, e respeitadas as posições em sentido diverso, a escolha por danos extrapatrimoniais ou danos à personalidade se justifica diante da evolução e do estágio atual da reparação dos danos à pessoa. Afinal, a noção de ampla reparabilidade não se coaduna com restrições de modo a se contemplar apenas o dano moral: a proposta é indenizar todos os danos que atinjam interesses juridicamente relevantes das pessoas, nominados ou não pela lei (dano moral, dano estético, dano à honra, dano à imagem, dano ao nome, dano ao projeto de vida, etc.), razão pela qual adotaremos essa classificação no nosso trabalho.

Cientes de que os danos extrapatrimoniais não estão totalmente definidos e limitados em norma, cumpre-nos analisar o dano existencial (dano não nominado na legislação civil) como possível subespécie de dano à pessoa e, para, além disso, analisar se seu reconhecimento traz impactos à matéria de responsabilidade civil e ao princípio da reparação integral. Para tanto, o primeiro passo é compreender o dano existencial: a partir das contribuições da doutrina italiana e, posteriormente, da inserção do tema em nosso ordenamento, acompanhadas de contribuições dos doutrinadores pátrios. Com isso, buscaremos contribuir para o esclarecimento do assunto.

1.1.2. O dano existencial, o dano moral e o dano biológico

A divisão tríade entre danos existenciais, morais subjetivos e biológicos não é utilizada em nosso direito. Sua origem está no direito italiano e foi estruturada tanto pela doutrina como pela jurisprudência para lidar, por um lado, com as restrições dadas pelo artigo 2.059 do Código Civil Italiano[8] - que limita a indenização do dano não patrimonial apenas às

[8] Art. 2059 - Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge. *"O dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos determinados pela lei."* (Tradução livre)

hipóteses expressas na norma – e, por outro, com a constatação de novos danos, especialmente de origem não patrimonial.

Se por um lado o Código Civil Italiano, em seu artigo 2043, determinava a reparação do dano injusto de forma geral, de outro o artigo 2.059 do mesmo código limitava a indenização do dano não patrimonial à expressa previsão legal. Essa configuração normativa levou as cortes italianas a uma interpretação restritiva - ao menos até meados 2003.

A hipótese de ressarcimento de dano não patrimonial era limitada aos casos em que o dano associava-se à configuração de um crime, na dicção do art. 185 do Código Penal[9] e o dano não patrimonial era remetido ao dano moral subjetivo. Em suma, como esclarece Luca D´Apollo, havia a limitação do ressarcimento do dano não patrimonial ao dano moral subjetivo que era verificado a partir de ato criminoso (D´APOLLO, 2016, p.80).

Essa visão foi superada a partir de 2003, quando a Corte de Cassação Italiana esclareceu que a configuração do dano não patrimonial não está limitada à verificação de crime concreto, mas também pode ocorrer em face de *qualquer comportamento lesivo,* para fins civis; em outros termos, trata-se de uma presunção legal[10].

Além disso, a Corte Constitucional Italiana passou a refutar a interpretação restritiva que remetia o dano não patrimonial ao dano moral subjetivo, acrescendo também a possibilidade de ressarcimento do dano biológico e do dano existencial (CARNEVALE, 2010, p. 121) explicitando a situação da seguinte forma:

> ...uma interpretação constitucionalmente orientada do art. 2059 C.C, objetiva reconsiderar a abstrata previsão da norma para incluir todo dano de natureza não patrimonial que deriva de lesão

---

[9] Art. 2043 *Códice Civile: "Qualunque fatto doloso o culposo, che cagione ad altri um danno ingiusto, obbliga colui che hà commesso Il fatto a risarcire Il danno."* Livre tradução: Qualquer fato doloso ou culposo que ocasione a outrem dano injusto obriga aquele que cometeu o fato a ressarcir o dano. Art. 185 *Codice Penale: "Ogni reato obbliga alle restituizioni, a norma delle leggi civili (2.043 c.c.). Ogni reato, che abbia cagionato um danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento Il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per Il fatto dilui."* Livre tradução: Todo crime obriga à restituição, de acordo com as normas civis (2.043 CC). Todo crime, que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial, obriga ao ressarcimento o culpado e as pessoas que, segundo as normas civis, deve responder pelos atos daquele. Ver comentário BIANCA, Massimo. *Istituzioni di Diritto Privato.* Milão: Giuffrè, 2014, p. 632

[10] Cf. Ibidem. *Cass., sez.III, 12 maggio 2003, n.7281, n.7282, n.7283, in Giust. Civ., 2003, I, 1480.*

aos valores inerentes à pessoa: e, portanto, tanto o dano moral subjetivo, entendido como transtorno temporário do estado de ânimo da vítima; seja o dano biológico em sentido estrito, entendido como lesão de um interesse constitucionalmente garantido, à integridade psíquica e física da pessoa, consequente de uma avaliação médica (art. 32 Cost.), seja por fim o dano (frequentemente definido pela doutrina e jurisprudência como existencial) do qual deriva lesão de (outros) interesses de nível constitucional inerentes à pessoa. [11]

Observa-se que atualmente o ressarcimento do dano não patrimonial, na Itália, está voltado para a relevância do interesse daquele que sofre o dano advindo da conduta lesiva; assim, ele se sobrepõe à ideia punitiva de reprovação da conduta do agente. Nessa perspectiva, a subdivisão dos prejuízos não patrimoniais em danos morais subjetivos, biológicos e existenciais especializa o dano de acordo com sua gravidade e auxilia na melhor dimensão ou extensão da lesão no caso concreto (MAZOLLA, 2008, p. 46 e 50)

A definição do dano moral subjetivo, nesse contexto, continua com sua autonomia em relação ao dano existencial ou biológico - ainda que em alguns casos possa também se configurar na presença dos demais danos. Sua razão está no sofrimento interno da pessoa, a angústia e perturbação psicológica sentida pelo indivíduo (D´APOLLO, 2016, p. 91) diante do evento lesivo. Entre os doutrinadores brasileiros, Rogério Donnini (2015, p. 104) aponta que o dano moral subjetivo possui o sentido tradicional de dano moral, ato ou omissão que implica na *violação de um direito da personalidade, e como resultado, provoca a perturbação do ânimo do ofendido.* O lesado necessita lidar com dor, sofrimento e aflição diante do ato lesivo gerador do dano.

Não se confunde o dano moral com o dano biológico ou dano à saúde. O dano biológico pauta-se em lesão a integridade psicofísica suscetível de valoração médico-legal. Massimo Bianca (2014, p. 634) exemplifica

---

[11] Livre tradução do trecho da decisão da Corte de Cassação Italiana: *...un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., tesa a ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima ; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona.* Corte Costituzionale, Sentenza del 11 luglio 2003, n. 233, Gazzetta ufficiale, 1 a serie speciale, 16 luglio 2003, n. 28. Disponível em https://www.jstor.org/stable/23198400?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 10.12.2018.

com a indicação de constatações de invalidez, deficiência, desfiguração, impotência sexual, doenças nervosas, insônia e outras lesões corporais e mentais à pessoa acompanhadas de laudo médico, independentemente das repercussões econômicas à vida do indivíduo.

Em alguns aspectos podemos notar que, no ordenamento brasileiro, o que indicamos como dano estético poderia se aproximar dessa subcategoria; todavia, como nota Rogério Doninni (2015, p. 109), ainda que se possa observar situações similares de indenização em nossos tribunais, inexiste essa subcategoria específica no direito pátrio. O que denominamos como dano à saúde (arts. 5º,V e 6 CF) considera uma perspectiva de dano patrimonial (determinando o pagamento de despesas médico-hospitalares e lucros cessantes, por exemplo, como base nos arts. 949 e 950 do Código Civil), além de dano extrapatrimonial. O dano expatrimonial à saúde poderá incluir a figura do dano moral (pelo sofrimento, dor e angústia experenciados pelo lesado) e do dano estético (quando além do abalo de espírito ou psicológico, há sequelas físicas permanentes, mutilação ou completa desfiguração da pessoa)[12].

Por fim, o dano existencial também se diferencia do dano moral - ainda que ambos sejam danos não patrimoniais -, pois o primeiro refere-se ao dano ao projeto de vida e o segundo lida com elementos de ordem emocional e psicológica. Em outros termos, o dano existencial não trata de danos psicológicos – que se situam no aspecto interno da pessoa – mas da modificação efetiva de sua condição de vida: trata-se de aspecto externo e independente de sua condição psicológica da pessoa por considerar sua relação social (CARNEVALE, 2010, p.128).

---

[12] Nessa perspectiva, o trecho da ementa da decisão da Terceira Turma do STJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, evidencia a possibilidade de cumulação dos danos material, moral e estético, o que reforça a diferenciação das razões que motivam cada indenização, ainda que sobre um mesmo fato. Assim ... *O propósito recursal é determinar se o hospital deve ser responsabilizado pelos danos causados a paciente infectada por micobactéria em razão da falha na esterilização de instrumentos cirúrgicos. 3. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, na hipótese do hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). 4. É obrigação dos hospitais adotar o conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares, sobressaindo sua responsabilidade objetiva quando a infecção for adquirida em razão da hospitalização do paciente (Lei 9.431/97). 5. Na hipótese, o Tribunal de origem registrou que a infecção por micobactéria ocorreu durante a realização do procedimento cirúrgico enquanto a paciente estava hospitalizada, gerando danos de natureza material, moral e estética a serem reparados pelo nosocômio.* STJ, 3ª Turma, rel. Min Nancy Andrighi, REsp 1642307 / RJ, 05.12.2017. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 20.12.2018.

Como ressalta Marcello Adriano Mazolla (2008, p. 54), o dano existencial é todo prejuízo de natureza não meramente emotiva e interior, mas objetivamente determinável, que altera a habitualidade e as estruturas relacionais próprias, induzindo escolhas diversas de vida quanto à expressão e à realização da personalidade no mundo externo, devido à ocorrência do dano.

Para Massimo Bianca (2014, p. 635), o dano existencial é o dano relativo à deterioração da qualidade de vida; para Luca D´Apollo (2016, p. 111), é o dano que implica em qualquer comprometimento da atividade realizável pela pessoa humana

Não obstante o esforço doutrinário em sua definição, ainda existem diversos aspectos do dano existencial que necessitam de desenvolvimento, limites e detalhamento. Qual seria a atividade realizável? Como houve a deterioração de vida da pessoa? Como calcular? Claro, se o dano advém de uma situação que obriga a pessoa a mudar radicalmente de profissão ou a promover ajustes severos não esperados - como o caso em que a esposa deixa o mercado de trabalho para cuidar do esposo em coma por erro médico – a configuração do dano existencial pode ser considerada pelo próprio fato (*in re ipsa).* Mas nem sempre essas situações são extremas e serão exigidas provas das alegações. A definição segura do dano existencial é necessária, pois pode impactar na extensão do dano extrapatrimonial, na sua quantificação de valores e em aspectos probatórios.

De toda sorte, não se pode negar que o pleito pelo reconhecimento do dano existencial é resultado do aprofundamento e do crescimento *dos multifacetados níveis de proteção da personalidade humana* (FRADA, 2017, p. 194-195), ainda que seja difícil contemplar a vida de uma pessoa em relação social.

Na Argentina, Mosset Iturraspe (1992, pp. 22-23) assinala que "*el daño a la persona puede afectar radicalmente el proyecto de vida de la persona o lesionar alguno o algunos de los derechos de la persona.*

O projeto de vida, nesse caso, deve ser compreendido como realização pessoal, segundo as opções possíveis que a pessoa possui para conduzir sua vida e alcançar seus objetivos, sua realização pessoal. Como elucida Carlos Fernandes Sasserego:

> Se protege jurídicamente la realización del "proyecto de vida" porque en él está en juego, como se ha dicho, el destino mismo de cada ser humano. El mayor daño que se puede causar a la

> persona, por consiguiente, es la frustración, menoscabo o retardo en la realización del personal "proyecto de vida"."[13]

Entre nós, ainda que nem sempre seja designado como dano existencial, o dano ao projeto de vida já é tratado como expressão do dano à pessoa por doutrinadores pátrios (COSTA, 2001, p. 194).

Amaro Alves de Almeida Neto, suscitando o art. 1° , III, art. 5°,V e X da Constituição Federal, assim como os artigs 12, 186 e 927 do Código Civil, conclui pela consideração do dano existencial para reparação integral da pessoa nos seguintes termos:

> Ato, doloso ou culposo, que cause uma mudança de perspectiva no cotidiano do ser humano, provocando uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao seu projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa ocorrer, deve ser indenizado, como dano existencial, um dano à existência do ser humano. (ALMEIDA NETO, 2005, pp. 32-33).

Ao tratar do dano existencial, Rogério Doninni (2015, pp. 109-110) ressalva que ele pode abarcar diversas situações como a perda de uma oportunidade relacionada ao empregado ou concorrência, o dano de ordem sexual, o dano à possibilidade de produção de renda futura, o dano relativo ao vínculo parental e situações mais graves como a mutilação de membros e a tetraplegia. Em algumas dessas situações o autor pondera que podem estar presentes também o dano moral e o dano estético, mas ressalva não ter sentido *a criação de subcategorias para a escolha de apenas uma delas por ocasião da fixação de verba indenizatória*, destacando a importância de cada uma e a autonomia delas para a fixação de valores.

É certo que o dano existencial não se configura como um tema pacificado entre nossos doutrinadores, mas já não há como afastá-lo de uma discussão que considera seus contornos.

Aliás, se o tema ainda é objeto de discussão pela doutrina civil, inclusive sobre seus efetivos efeitos para a reparação integral, ao menos nossa

---

[13] SESSAREGO. Carlos Fernández, El daño al "proyecto de vida" en la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos HUMANOS. Disponível em PDF https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e. Acesso em 17.12.2018

legislação já deu sinais de que não pretende passar ao largo da matéria. Exemplo disso é a Lei nº 13467/2017: ao alterar a Consolidação das Leis Trabalhistas, inseriu o art. 223-B para prescrever ser causa de dano extrapatrimonial *a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física.* Na sequência, o art. 223-C da CLT indica honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e integridade física como *bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa.*

2. Críticas ao dano existencial

O dano existencial recebe influência do sistema italiano e, tal como ocorre na Itália, seu conceito não é isento de críticas.

Francesco Busnelli e Salvatore Patti (2003, pp. 21, 91, 94-95), por exemplo, alertam para a tendência atual de crescimento de um número maior de hipóteses de danos indenizáveis privilegiando a pessoa que sofre o dano em detrimento do autor do ato lesivo, o que demanda um pensamento reflexivo sobre o tema e suas consequências.

Para tais autores, considerando a análise das decisões da Corte Italiana e a preocupação classificatória, de fato a figura do dano existencial pouco muda ou redimensiona as decisões porque a negação dessa subcategoria de dano não impede que outra figura de dano não patrimonial possa ser nominada e, assim, seja viável seu ressarcimento.

No Brasil também há quem se oponha a tal categoria específica de dano. Como representante de tal vertente, Flavio Tartuce (2018, p. 534) pontua que, dada "a realidade jurídica do dano moral no Brasil, ampliado sobremaneira para qualquer lesão a direito de personalidade", não enxerga o dano existencial como categoria apartada; em sua visão, "o que deve ser empreendido na realidade brasileira, conforme antes destacado, é um aumento nos valores de indenização moral e não a separação em outras categorias".

Concordamos com a afirmativa de que os valores dos danos extrapatrimoniais devem ser majorados, mas isso não impede a especialização de danos – que, aliás, atende ao principio da reparação integral.

O autor destaca que na doutrina italiana há 6 (seis) críticas ao dano existencial que podem ser aplicadas à nossa realidade: 1. a indenização por tal dano busca reparar todo e qualquer prejuízo, dispensando a presença de direito ou interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico; 2. tal categoria de danos é uma *metacategoria*, sendo genérica e não homogênea; 3. a reparabilidade de tal dano representaria um custo insuportável para

a coletividade, tornando o sistema da responsabilidade civil em seguridade social; 4. a configuração de tal dano representa o resultado final de um direito ocioso, já que seus defensores usariam argumentos retóricos fracos ao invés de usar materiais normativos concretos; 5. O dano moral pode absorver as lesões referentes ao dano existencial; 6. Haveria uma hipertrofia do dano à pessoa (TARTUCE, 2018, p. 534-535).

Embora compreensíveis as críticas – sendo especialmente válidas para enriquecer o debate - elas não prevalecem em nosso entender. Sem pretensão de esgotar o tema, que certamente poderia dar ensejo a outro trabalho, pontuamos: 1. É possível pensar no dano existencial com base em interesses e direitos tutelados pelo ordenamento demonstrados segundo a técnica jurídica; 2. Não é preciso trabalhar o tema em termos genéricos e eventual homogeneidade nem sempre está presente; 3. É excessivo cogitar que a responsabilidade civil se tornará um sistema de seguridade social sem o aprofundamento teórico que o tema enseja; 4. Como a evolução social é complexa, exige individualizações e especificações diante das novas realidades criadas pelo ser humano, não sendo suficiente o estudo técnico-juridico voltado apenas ao direito positivado; 5. O dano moral subjetivo não se confunde com o dano existencial, sendo ambos espécies do gênero "dano extrapatrimonial"; 6. Não há que se falar em hipertrofia, já que o aumento de complexidade é proporcional aos desafios atuais.

No mais, vale destacar que ao se admitir o dano existencial, não se deseja estabelecer um rol *numerus clausus* dos danos extrapatrimoniais, mas tão somente privilegiar os diferentes aspectos do direito da personalidade e os danos porventura verificados.

Se o dano existencial, como dano ao projeto de vida, ainda se mostra pouco preciso, esta é mais uma razão para debate. Aspectos concretos, caso a caso, também ajudam a aclarar o conceito.

Além disso, a responsabilidade aqui tratada também não é ilimitada. Aspectos como a gravidade da culpa, a fixação equitativa da indenização e a capacidade do ofensor podem ser ponderados em cada caso.

3. Realidade do dano existencial no Direito Brasileiro

No Brasil, a discussão do dano existencial tem obtido significativa relevância em demandas trabalhistas. Em pesquisa jurisprudencial no sistema "Magister Net", foram encontradas mais de 2000 decisões a

partir de buscas com os termos dano existencial[14] nos últimos 5 anos. Ao analisarmos as 100 primeiras decisões encontradas, observamos que as principais decisões reconheciam essa espécie de dano em contextos reparatórios inerentes a relações de trabalho - inclusive em demandas de funcionários públicos[15].

Esse resultado revela a centralidade do trabalho na sociedade contemporânea, revelando a grande importância dada ao labor na organização social e nos projetos de vida das pessoas.

O dano existencial tem sido classificado como "espécie de dano extrapatrimonial"" que atinge os projetos de vida, o convívio familiar, o lazer, a cultura, dentre outros que compõem a personalidade do ser humano"[16].

Ele tem sido reconhecido na esfera trabalhista em situações em que o trabalhador é submetido a um volume excessivo de trabalho, ou a jornada de trabalho extenuante[17] - como exemplo, foi reconhecido o dano existencial em caso em que não havia concessão de férias por longos períodos[18].

Em recente decisão, o Tribunal Superior do Trabalho caracterizou a ocorrencia de dano existencial como espécie de dano imaterial nos seguintes termos:

> No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano exis-

---

[14] No campo de busca do sítio eletrônico, os termos foram inseridos sem aspas.

[15] Nesse sentido: TJSP, Apelação nº 1003550-04.2015.8.26.0408, Rel. Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, j. 25.07.2017; TJSP, Apelação nº 1003219-83.2016.8.26.0053, Rel. Des. Jarbas Gomes, j. 25.07.2017.

[16] Vide TRT 4ª R.; RO 0021666-21.2015.5.04.0511; Rel. Des. Alexandre Corrêa da Cruz; DEJTRS 21/11/2018; Pág. 1194. No mesmo sentido: TRT 14ª R.; RO 0000731-70.2017.5.14.0005; Primeira Turma; Rel. Des. Francisco José Pinheiro Cruz; DJERO 22/11/2018; Pág. 1266.

[17] TRT 7ª R.; RO 0000896-85.2017.5.07.0015; Primeira Turma; Relª Desª Maria Roseli Mendes Alencar; Julg. 12/12/2018; DEJTCE 17/12/2018.

[18] TRT 14ª R.; RO 0001186-39.2016.5.14.0404; Segunda Turma; Rel. Des. Carlos Augusto Gomes Lôbo; DJERO 19/12/2018.

tencial. (TST; AIRR 0012389-62.2015.5.15.0094; Primeira Turma; Rel. Des. Conv. Roberto Nobrega de Almeida Filho; DEJT 14/12/2018).

Nessa decisão, o Tribunal também assentou que a conduta ilícita deve ser reiterada, devendo o reclamante comprovar que, em decorrência dela, efetivamente sofreu prejuízos em seu meio social ou chegou a ser afastado do convívio familiar para estar à disposição do empregador.

No Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, são frequentes demandas em que trabalhadores pleiteiam indenização por dano existencial em virtude da prestação de horas extras em excesso. A relevância desse tema é evidenciada pela Tese Jurídica Prevalecente nº 2 desse Tribunal: "Não configura dano existencial, passível de indenização, por si só, a prática de jornadas de trabalho excessivas" (TRT 4ª R.; RO 0020635-50.2016.5.04.0601; Terceira Turma; Rel. Des. Clóvis Fernando Schuch Santos; DEJTRS 05/12/2018).

Em caso no qual o demandante trabalhou mais de 12 horas diárias de segunda a segunda por um ano, o TRT-4 reconheceu que, embora a prestação de horas extras não seja apta a configurar, por si só, o dano existencial, o cumprimento reiterado de jornada extraordinária de trabalho:

> causa dano presumível aos direitos da personalidade do empregado (dano moral/existencial in re ipsa), dada a incúria do empregador na observância dos direitos fundamentais e básicos estabelecidos pela lei quanto à duração da jornada de trabalho, em especial os limites para exigência de horas suplementares e mínimo de descanso exigido para recomposição física e mental da pessoa. (TRT 4ª R.; RO 0021073-82.2016.5.04.0211; Rel. Des. Marcelo José Ferlin D`Ambroso; DEJTRS 29/11/2018).

A distinção entre o dano moral e o dano existencial não é pacífica na jurisprudência trabalhista[19]. Em uma decisão sobre a configuração de

---

[19] Neste sentido, confira-se trecho elucidativo de decisão do TST sobre dano existencial: "No âmbito da doutrina justrabalhista, o conceito tem sido absorvido e ressignificado para o contexto das relações de trabalho, como representativo das violações de direitos e limites inerentes ao contrato de trabalho que implicam, além de danos materiais ou porventura danos morais ao trabalhador, igualmente, danos ao seu projeto de vida ou à chamada vida de relações. Embora exista no âmbito doutrinário razoável divergência a respeito da classificação do dano existencial como espécie de dano moral ou como dano de natureza extrapatrimonial estranho aos contornos gerais da ofensa à personalidade, o que se tem é que dano moral e dano existencial não se confundem, seja quanto aos seus pressupostos, seja quanto à sua comprovação. Isto

jornada extenuante como dano existencial indenização, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu esse direito atrelando-o à figura do dano moral.

> A realização de jornada exaustiva, sem concessão regular dos intervalos intrajornada e interjornadas mínimos e repouso semanal remunerado, exercida em atividade de risco, obriga o trabalhador a permanecer muito tempo longe de sua residência, prejudicando-lhe o direito ao lazer, à convivência familiar e ao descanso efetivo. Nesse contexto, o quadro fático delineado pelo TRT revela a ocorrência de dano à esfera íntima do empregado, nos moldes do artigo 5°, X, da Constituição Federal. Ora, a higidez física, mental e emocional do ser humano é bem fundamental de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. Frise-se que não foi a exigência do cumprimento de horas extraordinárias que acarretou a condenação da empresa em indenizar o autor pelo abalo moral sofrido, mas sim a imposição de jornada excessivamente exaustiva, por um longo período de tempo, que impediu o autor de realizar seus projetos de vida. Assim sendo, correta a decisão regional que condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos morais. (TST; ARR 0010148-33.2014.5.03.0079; Terceira Turma; Rel. Min. Alexandre de Souza Agra; DEJT 14/12/2018)

Como se observa do trecho da ementa acima transcrito, a decisão analisa a situação lesiva ao direito do trabalhador como um abalo moral, dano à esfera íntima do empregado (dano moral), que prejudicou sua convivência social e seus projetos de vida (dano existencial).

Esse entrelaçamento entre os danos moral e existencial também é observado na seguinte decisão do TST:

> Esta Corte tem entendido que a submissão habitual dos trabalhadores à jornada excessiva de labor ocasiona-lhes dano existencial, modalidade de dano imaterial e extrapatrimonial em que os empregados sofrem limitações em sua vida pessoal por força de conduta ilícita praticada pelo empregador, exatamente como na hipótese dos autos, importando em confisco irreversível de tempo que poderia legitimamente se destinar a descanso, convívio familiar, lazer, estudo, reciclagem profissional e tantas

---

é, embora uma mesma situação de fato possa ter por consequência as duas formas de lesão, seus pressupostos e demonstração probatória se fazem de forma peculiar e independente". (TST; AIRR 0005110-97.2015.5.10.0018; Sétima Turma; Rel. Min. Vieira de Mello Filho; DEJT 23/11/2018; Pág. 4032)

> outras atividades, para não falar em recomposição de suas forças físicas e mentais, naturalmente desgastadas por sua prestação de trabalho. Portanto, o ato ilícito praticado pela reclamada acarreta dano moral in re ipsa, que dispensa comprovação da existência e da extensão, sendo presumível em razão do fato danoso (TST; AIRR 0010089-85.2014.5.15.0087; Segunda Turma; Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; DEJT 30/11/2018).

O reconhecimento de dano existencial a casos de jornadas de trabalho em excesso também não é unânime. Há casos em que o Tribunal afasta a configuração do dano existencial por falta de amparo legal[20] ou por se tratar de matéria de cunho patrimonial[21].

Em demandas cíveis, a discussão sobre a caracterização do dano existencial ocorre com menor frequência. Em uma segunda pesquisa no sítio eletrônico "Magister Net" com os termos "dano existencial"[22] em relação de proximidade[23] e categorização na área cível, foram encontradas 208 decisões sobre o tema.

Nessa pesquisa, observou-se que o dano existencial tem adquirido relevância em ações indenizatórias propostas por demandantes que foram presos políticos e torturados durante a ditadura militar[24].

A necessidade de prova do dano existencial sofrido é um ponto comum em demandas trabalhistas[25] e cíveis[26]. Uma das perguntas que podem

---

20 TRT 2ª R.; RO 1000988-33.2017.5.02.0711; Terceira Turma; Rel. Des. Kyong Mi Lee; DEJTSP 07/12/2018; Pág. 12602.

21 TRT 3ª R.; RO 0010883-37.2017.5.03.0184; Rel. Des. Milton Vasques Thibau de Almeida; DJEMG 27/11/2018.

22 No campo de busca do sítio eletrônico, os termos foram inseridos sem aspas.

23 Na pesquisa cível, selecionamos o campo "proximidade" para localizar decisões em que os termos "dano" e "existencial" aparecessem próximos um do outro. Esse campo permitiu que filtrássemos as decisões pertinentes para o estudo.

24 Vide: TJRS; AC 0169294-84.2016.8.21.7000; Porto Alegre; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Miguel Ângelo da Silva; Julg. 24/05/2017; DJERS 10/07/2017; TJRS; AC 53536-28.2014.8.21.7000; Porto Alegre; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Miguel Ângelo da Silva; Julg. 27/08/2014; DJERS 23/09/2014

25 Sobre o tema: TRT 21ª R.; RO 0001294-45.2017.5.21.0014; Segunda Turma; Rel. Des. Ronaldo Medeiros de Souza; Julg. 12/12/2018; DEJTRN 14/12/2018; Pág. 1279; TRT 4ª R.; RO 0021521-95.2016.5.04.0521; Relª Desª Flávia Lorena Pacheco; DEJTRS 27/11/2018; TRT 4ª R.; RO 0020323-16.2017.5.04.0512; Primeira Turma; Rel. Des. Manuel Cid Jardon; DEJTRS 20/11/2018; Pág. 419; TRT 4ª R.; RO 0021063-82.2016.5.04.0261; Rel. Des. Edson Pecis Lerrer; DEJTRS 21/11/2018; Pág. 1519

26 Nesse sentido: TJPR; ApCiv 1646015-0; Curitiba; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Luiz Cezar Nicolau; Julg. 13/07/2017; DJPR 24/07/2017; TJRS; AC 0345353-

ser feitas sobre o tema é: "como se prova o dano existencial?". A resposta a essa pergunta provavelmente estará relacionada ao caso concreto, mas há situações em que o dano existencial pode ser difícil de ser demonstrado.

Conforme exposto, há o entendimento jurisprudencial do TRT-4 de que a prestação de horas extras não gera a presunção de que o trabalhador teve prejuízos de ordem social. Mas a situação é diferente se o trabalhador tem jornada extraordinária todos os dias da semana por um longo período de tempo. Nesse caso, a parte autora precisaria demonstrar um prejuízo efetivo em sua vida ou bastaria a comprovação das repetidas horas extras? No Recurso Ordinário nº 0021073-82.2016.5.04.0211 (el. Des. Marcelo José Ferlin D`Ambroso, DEJTRS 29/11/2018) o TRT-4 decidiu que nessa situação a comprovação das horas extras geraria a presunção do dano existencial.

Em um caso de indenização por danos morais e materiais ajuizado por pais, avós e irmãos de duas crianças que vieram a óbito por eletroplessão nas dependências de uma escola Municipal, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que o dano existencial deve ser aferido "mediante prova razoável, demonstrando de forma precisa e objetiva qual era o nível de convivência antes do fato ilícito, o que foi perdido a partir deste e, por fim, qual a medida a ser adotada para mitigar a ausência sentida (tratamento psicológico, etc.)[27]"

Em outra demanda, uma ação de reparação de danos morais ajuizada por demandante que comprovou ter sido "preso injustamente e submetido a tortura e maus tratos durante o período mais agudo do regime militar ditatorial", o Tribuna de Justiça gaúcho reconheceu danos morais *in re ipsa*, mas não o dano existencial porque as condições socioeconômicas e culturais do autor não teriam sofrido alteração relevante. Além de considerar que o dano existencial não foi provado, o Tribunal analisou o tema da seguinte forma:

> Quando requereu a indenização da via administrativa, em 28-08-1998, o autor se qualificou como comerciante e seguia residindo em Tapes. Presumivelmente não teve comprometido ou substancialmente alterado o seu projeto de vida, eis que era apenas um jovem operário e estudante quando foi preso por integrar o chamado "Grupo de Tapes" da VAR-PALMARES.

24.2016.8.21.7000; Erechim; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto; Julg. 02/06/2017; DJERS 29/06/2017.

[27] TJRS; AC 0345353-24.2016.8.21.7000; Erechim; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto; Julg. 02/06/2017; DJERS 29/06/2017.

> O autor casou pouco tempo depois dessas prisões indevidas, em 03-02-1973, e na respectiva certidão de casamento constou qualificado como de profissão mecânico, enquanto a sua nubente como bancária (fl. 11).
>
> Na inicial desta ação o autor declarou-se casado e administrador.
>
> Sua condição social não se alterou significativamente, podendo até inferir que progrediu, pois se estabeleceu como comerciante. Não há qualquer prova de que sofreu prejuízo efetivo ou relevante no seu convívio social ou familiar, embora a inicial afirme o contrário. Como não houve instrução processual, tais assertivas ficaram desprovidas de suporte probatório.
>
> Portanto, no caso em testilha, não vejo caracterizado o assim denominado "dano existencial[28]".

Podemos questionar, nesse caso, se o fato de o demandante ter mudado de emprego e casado são circunstâncias que afastam eventual dano à convivência social e aos projetos de vida da pessoa. Se não, como o autor deveria ter demonstrado ter sofrido esse dano?

Em outra decisão do Tribunal gaúcho, reconheceu-se dano existencial a demandante que firmou contrato de permissão de serviço de transporte individual de passageiros "moto-táxi" e, após ter preenchidos todos os requisitos exigidos, teve o contrato rescindido devido à declaração de inconstitucionalidade de lei municipal. Para o Tribunal, o dano existencial configurou-se no caso porque o autor "viu-se desprovido, de um momento para outro, da possibilidade de trabalhar como mototaxista, repercutindo na sua vida e nas relações com as pessoas de seu convívio" [29]. Nesse caso, parece ter havido a presunção do dano existencial pela "alteração das atividades normais do indivíduo" ante a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal.

Outra pergunta que pode ser feita em estudos futuros é se caberia a cumulação entre as diversas subespécies de dano extrapatrimonial.

Em uma decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, decidiu-se que o dano existencial e o dano moral, por estarem abrangidos pelo dano extrapatrimonial, não poderiam ser cumulados, "pois decorrentes do mesmo fato gerador[30]".

---

[28] TJRS; AC 53536-28.2014.8.21.7000; Porto Alegre; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Miguel Ângelo da Silva; Julg. 27/08/2014; DJERS 23/09/2014.

[29] TJRS; AC 611650-39.2010.8.21.7000; Santa Maria; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler; Julg. 27/06/2012; DJERS 11/07/2012.

[30] TJBA; AP 0384679-85.2013.8.05.0001; Salvador; Quarta Câmara Cível; Relª Desª Gardenia Pereira Duarte; Julg. 14/03/2017; DJBA 17/03/2017.

Como se observa, há um longo caminho a ser percorrido no estudo e no debate sobre a classificação dos danos existenciais. Se, de um lado, busca-se avançar na tutela de direitos da personalidade, de outro deve-se atentar para a distinção adequada entre as espécies de danos extrapatrimoniais para que se concretize, de forma adequada, a previsão legal de reparação integral dos danos à pessoa.

4. Considerações finais

O princípio da restituição integral, consagrado no art. 944 do CC, sintetiza o ideal do legislador em recolocar todo aquele que sofre dano injusto ao estado anterior à ocorrência do evento danoso.

Embora prevista no ordenamento jurídico pátrio, a pretensão de reparação integral dos danos à pessoa não é tarefa fácil. O legislador não classifica ou individualiza as espécies de dano que compõem a restituição integral, atribuindo essa tarefa aos aplicadores para que, na análise do caso concreto, esses danos sejam identificados e reparados adequadamente.

A construção doutrinária e jurisprudencial no Brasil constantemente direciona-se para o ressarcimento de danos materiais (patrimoniais) e de danos imateriais (extrapatrimoniais). Os danos extrapatrimoniais se destacam pela dificuldade de delimitação e quantificação, na medida em que atingem a personalidade do indivíduo, a sua esfera íntima.

O presente artigo buscou compreender o sentido atual do dano extrapatrimonial à luz do princípio da restituição integral no nosso ordenamento jurídico.

O direito extrapatrimonial foi aprofundado com base nas discussões que tem sido feitas sobre a configuração do dano existencial.

O dano existencial pode ser definido como subespécie de dano extrapatrimonial que atinge a convivência social ou os projetos de vida da pessoa.

Não obstante o esforço doutrinário para sua definição, ainda existem diversos aspectos do dano existencial que necessitam de amplo debate. A doutrina e a jurisprudência brasileiras não são unânimes em relação: a) à classificação do dano existencial como espécie de dano extrapatrimonial distinta do dano moral; b) à definição dos contornos desse dano; c) ao tipo de prova que deve ser apresentada para sua comprovação; d) à quantificação desse dano, entre outros questionamentos.

Apesar das dificuldades encontradas na identificação do dano existencial, não se pode negar que seu reconhecimento constitui um avanço

para a proteção da personalidade humana, sendo mais um aspecto a ser considerado na compreensão da reparação integral do dano à pessoa.

Referências

ALMEIDA NETO. Amaro Alves. Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana. Disponível em http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2005/dano_existencial_.doc. Acesso em 10.12.2018

BIANCA, Massimo. Istituzioni di Diritto Privato. Milão: Giuffrè, 2014

BITTAR, Carlos Reparação civil por danos morais. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2014

BUSNELLI, Francesco D. e PATTI, Salvatore. Danno e responsabilità civile. 3ª edição. Torino: G. Giappichelli, 2003

CARNEVALE, Aldo e SCARANO, Generoso. Il danno alla persona: aspetti giuridici e medico-legali, Padova: CEDAM, 2010

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. Rio de janeiro: Grupo GEN. 2015

COSTA, Martins Judith. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.19, Março 2001, p. 181-207

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: RT. Vol.2/2015, Jan-mar/2015, p.333-348

D´APOLLO, Luca. Danno alla vita e danno da morte. Torino: Giappichelli, 2016

DIAS, José de Aguiar, Da responsabilidade civil. Rio de janeiro: Lumen Juris. 12ª edição 2012

DONNINI, Rogério. Responsabilidade Civil na Pós-modernidade: Felicidade, Proteção, Enriquecimento cm causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2015

FRADA, Manuel A. Carneiro da. Nos 40 anos do Código Civil português: tutela da personalidade e dano existencial. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre, n. 82, jan. 2017- abr. 2017, p. 175 -196

GARCEZ NETO, Martinho. Prática da responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 1984

JORGE, Fernando Pessoa. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 1995

MAZZOLA, Marcello Adriano. I Nuovi danni. Padova: CEDAM, 2008

MONTEIRO FILHO. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro, Civilistica.com. Ano 7, n.1, 2018. [civilistica.com a.7.n.1.2018]. Disponível em civilistica.com. Acesso em 17.11.2018

MOSSET ITURRASPE, Jorge, El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 1, número monográfico dedicado a "Daños a la persona", Santa Fe:Rubinzal-Culzoni, octubre de 1992

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2008

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da reparação integral. São Paulo: Saraiva, 2010

SESSAREGO. Carlos Fernández, El daño al "proyecto de vida" en la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos HUMANOS. Disponível em PDF https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0532498043eb964c941df40365e6754e/El_da%C3%B1o_al_proyecto_de_vida_Carlos_Fern%C3%A1ndez_Sessarego.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0532498043eb964c941df40365e6754e. Acesso em 17.12.2018.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. TOMO I, São Paulo: RT, 9ª edição, 2013.

TARTUCE, Flavio. *Manual de responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. Revista dos Tribunais. vol. 662/1990 Dez., 1990, p. 7-17.

8

Dano existencial por violação ao Direito à desconexão

Karen Rosendo de Almeida Leite[1]

1. Aspectos introdutórios

O direito a desconexão é antes de tudo fator de resgate da natureza humana que na era da informática encontra-se comprometida pelo uso indevido das tecnologias de comunicação.

O descanso e o direito a desligar-se de tudo que não lhe agrada, inclusive do trabalho e das relações de consumo, apresentam-se essenciais a própria produtividade, embora sua defesa não se deva primordialmente a este interesse, mas é necessário principalmente a manutenção de saúde física e psicológica do cidadão.

Ainda, a ausência de normatização e tutela desses direitos, podem infligir degradação da qualidade de vida dos cidadãos, individual ou coletivamente.

Em suma, trata-se do grande paradoxo do mundo do trabalho moderno, enquanto que grande parte da sociedade tem sua sobrevivência ameaçada pelo desemprego, a outra parcela considerável esta se matando de trabalhar ou sofrendo o fenômeno conhecido como neoescravismo.

Importante destacar que o homem enquanto ser social se realiza através dos relacionamentos (profissionais, pessoais e familiares), assim sua existência e qualidade de vida, dependem do respeito a direitos como o descanso e o lazer, permitindo sua desconexão do trabalho e de tudo que lhe estressa.

Não se pretende advogar a um direito ao ócio, mas sim a um direito a uma separação sadia que não prejudique a saúde física e mental

[1] Mestre em Direito Ambiental (UEA). Mba em Gestão de Cooperativas (FACCAT-RS). Professora na faculdade de Direito (Uninorte – Manaus). Advogada Militante. Email: <karen_leite@hotmail.com>.

da classe hipossuficiente(trabalhadores) e vulnerável (consumidores), por isso fundamental a observância do direito à desconexão e a evolução normativa no sentido de assegurar o exercício desse direito, que encontra fundamento na própria constituição federal e na própria dignidade da pessoa humana.

2. O dano existencial

O dano existencial é uma espécie do gênero dano extrapatrimonial, intimamente relacionado com a tutela do direito fundamental da pessoa humana de criar um projeto de vida para si, modificando significativamente seu modo de vida, nada mais é que imposição de condições negativas a um sujeito de direito, ainda que em suas atividades mais simples e cotidianas, desde que comprometam e afetem direitos constitucionalmente garantidos (GARCIA, 2015).

Para Bebber (2009) o dano existencial é uma lesão que compromete a liberdade de escolha tendo em vista que seu impacto provoca um vazio existencial na pessoa, não prescindindo repercussão financeira ou econômica ou se assentando na esfera intima, mas sim em decorrência de frustração de uma projeção que impede a realização pessoal, impondo-se ao ofendido relacionar-se de forma diferente no contexto social. Enquanto o dano moral se relaciona a um cunho psicológico que conduz a um abalo na normalidade do indivíduo o dano existencial vai além, comprometendo sua forma de ser, de viver, seus valores e sua própria existência.

Neste sentido Garcia (2015):

> Doutrinariamente, o "dano existencial" decorre da conduta patronal que viola qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa humana, causando uma alteração do empregado em executar o projeto de vida pessoal ou um impedimento do empregado em usufruir das diversas formas de relações pessoais e sociais fora do ambiente laboral.

Embora sendo espécie de dano extrapatrimonial, diversamente do dano moral, o dano existencial refere-se a um desdobramento conceitual, com caráter mais elevado e de natureza peculiar (GARCIA, 2015).

Ao estudar este instituto, remonta-se a sua origem no direito civil Italiano, que estabeleceu uma nova espécie de danos extrapatrimoniais contida na responsabilidade civil.

Nas palavras de Cahali (2011), até a década de 60, na Itália eram reconhecidas apenas duas espécies tradicionais de dano indenizável: o dano patrimonial e o dano moral, sendo que o último somente era passível de indenização nos exíguos casos previstos pela lei, originado de um crime, uma conduta penal típica, além de tais casos, havia previsão de responsabilização por indenização do dano imaterial nos casos de danos processuais (emprego de expressões ofensivas em textos jurídicos), de responsabilidade dos magistrados por dolo ou culpa grave no exercício da função, de injusta detenção e violação de normas de tratamento de dados pessoais.

Desse modo, o dano extrapatrimonial seria passível de indenização apenas quando o texto normativo previsse a ocorrência do mesmo, havendo expressiva lacuna normativa, no tocante aos danos causados por ilícitos civis (GARCIA, 2015).

Assim, os juristas italianos se convenceram da necessidade de ampliação da proteção da pessoa frente ao dano injusto, principalmente o moral, diante da barreira causada por falta de previsão legal de reparação do dano imaterial em decorrência do ilícito civil.

Então, na década de 60 os juristas italianos aumentaram o leque das espécies de dano, classificando uma nova espécie, chamado de "dano à vida da relação", dando ao relacionamento em sociedade, à convivência, que atinge de forma indireta a vida laborativa da vítima (ALMEIDA NETO, 2015).

Para explicar essa hipótese de dano, Santos (2003) fala da relevância da vida e do relacionamento dos indivíduos em sociedade, segundo ele, "*o homem não vive em solidão, mas em contato com outras pessoas. Não é um Robson Crusué, nem se compraz em viver distante da sociedade*".

Houve o reconhecimento, por parte da doutrina italiana, que o homem precisa se relacionar em sociedade, e praticar atividades recreativas com escopo de suportar as pressões externas do cotidiano e que tais atividades seriam essenciais ao bem estar físico e psíquico da pessoa, favorecendo sua capacidade de continuar exercendo suas atividades produtivas e ampliando suas chances de crescimento profissional.

Assim, o dano à vida da relação serial a ofensa psíquica ou física a uma pessoa que a impede, total ou parcialmente de desfrutar os prazeres propiciados por atividades recreativas, extra laborativas, interferindo decisivamente em seu estado de ânimo e, consequentemente, no seu relacionamento social e profissional, diminuindo suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho, trazendo como consequência um reflexo patrimonial negativo (SANTOS, 2003).

Entretanto, para configuração de tal dano se exigia do ofendido prova que em razão do dano a vítima tivesse sofrido diminuição na capacidade de obter rendimentos, sendo assim, no fundo sempre se tratou de dano meramente patrimonial.

Importante que a discussão sobre essa espécie de dano foi essencial ao estudo do dano existencial, que é uma ampliação do conceito de dano à vida da relação, com acréscimo que para ser configurado não é necessária repercussão econômica para a vítima, tendo em vista que toda pessoa tem o direito a não ser molestada em sua existência e tem direito a viver com dignidade e sem ser impedida de praticar atividades recreativas, mesmo que não interfira em sua capacidade laborativa ou de produzir rendimentos.

Com a prolação da sentença 184/86 da Corte Constitucional italiana, admitindo o dano biológico com espécie de dano não patrimonial indenizável, logo a doutrina e jurisprudência italianas buscaram a consagração definitiva da tutela indenizatória absoluta do ser humano contra quaisquer agressões aos direito de personalidade constitucionalmente garantido, cometidas por ilícitos civis ou penais e independente de comprovação de prejuízo econômico da vítima, tendo em vista que qualquer lesão a direitos fundamentais afronta também a dignidade do ser humano, devendo ser objeto de tutela e pretensão indenizatória (ALMEIDA NETO, 2015).

Surgiu o conceito de que lesão a direitos da personalidade configura lesão a existência da pessoa, por isso chamado de dano existencial, devendo ser reconhecido como espécie de dano indenizável e sujeito a responsabilização civil.

Dessa forma se difundiu a ideia nas cortes italianas de que a atividade que acaba por inundar a vida do indivíduo, seja ela remunerada ou não, e que seus efeitos reversos sobrestavam seus interesses íntimos, tal situação deveria ser considerada como um ato ilícito, passível de reparação, por causar a anulabilidade da pessoa e de suas relações (SOUZA, 2016).

Nas palavras de ALMEIDA NETO (2015), o dano existencial consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados constitucionalmente, que cause alterações danosas no modo de ser do individuo ou nas atividades por ele executadas com vistas a seu projeto de vida pessoa, independente de qualquer repercussão financeira ou econômica decorrente dessa lesão.

Seguindo o entendimento da doutrina, a corte de cassação italiana proferiu a sentença 500 de 22.07.1999 confirmando a possibilidade de

responsabilização civil com escopo de reparar dano causado a um interesse legitimo sendo suficiente para acolher a pretensão indenizatória a demonstração dos requisitos a seguir: 1- injustiça do dano; 2- lesão a um direito constitucionalmente garantido.

Aos poucos, a jurisprudência foi admitindo a ampla e integral tutela a dignidade da pessoa humana, relativo ao dano biológico bem como a qualquer outra lesão de direitos igualmente garantidos constitucionalmente, configurando dano existencial (ALMEIDA NETO, 2015).

Em 2003, a justiça italiana através da corte Constitucional, no julgamento da decisão número 233 de 11.07.2003, consolidou entendimento jurisprudencial quanto a distinção de três espécies de danos extrapatrimoniais, conforme menciona Eugênio Facchini Neto (2016):

> Dano moral subjetivo seria a transitória perturbação do estado de ânimo da vítima; dano biológico em sentido estrito seria a lesão do interesse, constitucionalmente garantido, à integridade psíquica e física da pessoa, medicamente comprovada; ao passo que o dano existencial seria o dano derivado da lesão de outros interesses de natureza constitucional inerentes à pessoa.

O dano existencial nasce para dar ampla e integral tutela à dignidade da pessoa humana, surgindo uma nova categoria de ressarcimento no campo da responsabilidade civil.

Nas palavras de Positano (2016), o dano existencial se caracteriza como prejuízo não econômico, não patrimonial e de abrangência ilimitada, à medida que qualquer privação ou lesão a atividades existenciais do ofendido pode dar azo ao ressarcimento.

O dano existencial, em suma, causa frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em situação de manifesta inferioridade – no aspecto felicidade e bem estar – comparada àquela antes de sofrer o dano, sem necessariamente importar em prejuízo econômico. Mais do que isso, ofende diretamente a dignidade da pessoa, retirando da mesma uma aspiração legítima. O ser humano deve ter o direito a programar sua vida da forma que melhor lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém (ALMEIDA NETO, 2015).

Firmado o conceito de dano existencial na Itália, os doutrinadores brasileiros logo tomaram conhecimento sobre a temática, ainda na década de 70, Pontes de Miranda (1971) mencionava o dano existencial em sua obra: *"Dano à normalidade da vida de relação, é dano não patrimonial, sendo plenamente admissível a indenização fixada a tal título"*.

Posteriormente, em 1998 - a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o dano existencial como uma lesão a direito fundamental à pessoa a qual se vê preterida de desenvolver em plenitude suas potencialidades (SOUZA, 2016).

Ademais, a Constituição Federal de 1988, tutela de forma ampla os direitos da personalidade, assim como o Código Civil de 2002.

Assim, o conceito de dano existencial foi recepcionado pelo direito brasileiro, ainda que essa espécie de dano não tenha previsão expressa no ordenamento jurídico, considera-se como uma norma fundamental à consecução da dignidade humana, direito constitucionalmente tutelado.

Pelo exposto, no ordenamento pátrio, os dispositivos legais que fundamentam o dano existencial são os mesmos que fundamental a reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, quais sejam o art. 1°, inciso III e os incisos V e X do artigo 5° da Constituição Brasileira.

> Art. 1° A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> (...)
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> (...)
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Além disso, conforme mencionado supra, o Código Civil também fundamenta a reparabilidade do dano existencial. Conforme se observa nos artigos transcritos abaixo:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: (...)
>
> Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

O reconhecimento da existência do dano existencial como modalidade de dano passível de reparação e responsabilização civil já é realizada timidamente pela jurisprudência pátria, o que pode ser verificado nas jurisprudências relacionadas a seguir, como consagração jurídica de tutela da dignidade da pessoa humana.

> JORNADAS DE TRABALHO EXAUSTIVAS. DANO EXISTENCIAL. INDENIZAÇÃO. A realização pelo empregado, por longos períodos, de jornadas de trabalho exaustivas acarreta limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho e viola direitos fundamentais, configurando o chamado dano existencial. Hipótese em que constatado que em diversas oportunidades o reclamante cumpriu jornadas de trabalho superiores a 11 horas diárias, fazendo jus à indenização por dano moral. (PROCESSO: 0000136-93.2012.5.04.0016 RO)
>
> Indenização – Responsabilidade civil – Hospital – Dano moral – Vírus HIV adquirido por recém-nascido em transfusão de sangue – Constatação após dez anos – Admissibilidade – Contaminação por outros meios afastada pela prova pericial – Verba devida – Sentença confirmada – JTJ 251/117.
>
> "A amputação traumática das duas pernas causa dano estético que deve ser indenizado cumulativamente com o dano moral, neste considerados os demais danos à pessoa, resultantes do mesmo fato ilícito (art. 21 do Dec. 2.681/12)." (STJ 4ª.T., RT 731/226).
>
> "A perda do olfato e do paladar é causa de incapacidade que atinge gravemente a pessoa, prejudica sua vida de relação, impede-a de usufruir de alguns prazeres da vida e mesmo prejudica a defesa da sua saúde, o que exige indenização compatível." (RSTJ 161/401).
>
> A indenização por dano moral independe de qualquer vinculação com prejuízo patrimonial ou dependência econômica daquele

que a pleiteia, por estar diretamente relacionada com valores eminentemente espirituais e morais." (RT 736/369) TRC 1673.

3. O direito à desconexão

3.1. Considerações gerais

O direito à desconexão encontra-se no centro do conflito entre a tecnologia, enquanto na realidade moderna, o trabalho e o consumo, profundamente afetados por essa tecnologia, com escopo de aduzir o direito ao homem de se desconectar do trabalho.

É um tema bem polêmico, em uma realidade de recessão econômica e desemprego e relações consumeristas extremamente precarizadas, entretanto que é urgente de ser aduzido justamente ao passo que sua não observância pode trazer uma série de danos físicos e psíquicos a saúde do cidadão, que se encontra resguardado constitucionalmente em seu direito à saúde, à privacidade e ao lazer.

A tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado e ao mesmo tempo o escraviza a esses meios de informação, tendo em vista que o prazer da informação transforma-se em necessidade de estar informado, para não perder espaço no mercado de trabalho (MAIOR, 2015).

Souto Maior (2015) ressalta ainda que o trabalho, na atualidade, ao mesmo tempo que dignifica o homem, no prisma da filosofia moderna, pode retirar sua dignidade na medida que avança sobre sua intimidade e vida privada. O trabalho, assim como o consumo, para ser considerado decente e como fator de promoção de dignidade humana, precisa ter alguns aspectos regulamentados pelo ordenamento, um deles, é a interferência das novas tecnologias frente à garantia de direitos fundamentais, como lazer e descanso, abordados anteriormente.

O trabalho, ainda que segundo o autor, se encontre relativamente precarizado pela nova ideologia econômica mundial, ainda apresenta-se como extremamente significativo para as pessoas, a ponto de estabelecer-se uma postura social discriminatória com quem não trabalha. De forma que tratar do direito ao não trabalho, protegido inclusive juridicamente, torna-se um grande desafio (MAIOR, 2015).

Importa salientar que o direito a desconexão não se trata de não trabalhar ou não ser importunado pela má prestação do serviço, e sim de trabalhar menos, ou ser procurado pelo fornecedor de forma razoável, em horários comerciais, de forma a assegurar à preservação da

vida privada e da saúde, preocupação que se tornou essencial em uma sociedade marcada pela ausência de limites de tempo-espaço devido à introdução das novas tecnologias nas relações de trabalho e de consumo.

O avanço tecnológico é uma realidade em muitos pontos benéfica à humanidade e seu retrocesso não é uma possibilidade a ser considerada, a questão, é utilizar essa tecnologia a serviço do homem e não em detrimento do mesmo.

Sem a tutela devida pelo ordenamento jurídico por meio de um regramento satisfatório que imponha limites e preveja sanções a utilização irresponsável da tecnologia nos ambientes laborais e prestações consumeristas em prejuízo a saúde dos trabalhadores e consumidores, a evolução tecnológica se revestirá de um efeito perverso.

O autor percebe que a tecnologia em vez de "roubar" o trabalho do homem, como foi pensado que ocorreria em um primeiro momento, na verdade tem "escravizado" o homem ainda mais, posto que ainda não foram impostos limites ao avanço dessa tecnologia à intimidade e à vida privada do ser humano.

O direito ao lazer encontra-se assegurado na Constituição Federal, em seu artigo 6º, a todos os cidadãos. Entretanto, a atual organização social e a introdução de novas tecnologias afetas a relação laboral e de consumo tem prejudicado o gozo desse direito por grande parcela dos cidadãos, prejudicando a sua vida social, sua saúde, sua intimidade e sua vida familiar.

O lazer significa um tempo a ser disfrutado pelo cidadão a seu critério, um tempo para que o referido descanse, disfrute com a família e tenha vida social, **totalmente desligado** de suas funções laborais e de consumo (OLIVEIRA, 2015).

Segundo Gomes (2015), o repouso foi considerado sinônimo de lazer até o século XX, quando o lazer teve seu significado estendido, abrangendo atividades com respeito às necessidades do corpo e do espírito. O descanso libera da fadiga, enquanto que o lazer repara deteriorações físicas e nervosas das obrigações do cotidiano e do trabalho, ou seja, recuperação da fadiga física ou nervosa e liberação de tensões.

Lazer, na acepção de Dumazedier (2008), é o conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua formação ou informação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se de suas obrigações profissionais, familiares e sociais.

Para Gomes (2008), o lazer envolve quatro elementos que inter-relacionados garantem a vida em sociedade, o tempo, o espaço, as manifestações culturais e a atitude, assim, o lazer é dinâmico e constituído pelas identidades distintas de cada grupo social.

Esse direito, constitucionalmente reconhecido, precisa ser garantido pelo Estado, por isso é necessário que o mesmo atue, por exemplo, regulamentando o uso das novas tecnologias, para que seu uso não interfira no gozo por parte do cidadão de seu direito fundamental ao lazer.

O direito ao lazer está ligado diretamente à dignidade da pessoa humana e o próprio direito a saúde, vez que a ausência de descanso prejudica a saúde física e mental do ser humano.

O tempo livre é, segundo Oliveira (2010), uma das principais fontes de criação artística e pensamento filosófico o que pode ser observado ao longo da história. Na Grécia antiga o tempo livre definiu o desenvolvimento da cultura, da ética e da moral ocidental, os cidadãos tinham direito a um tempo para dedicar ao ócio e para criação. Entretanto esse ócio não é similar ao lazer direito do trabalhador de hoje, o ócio era substituto do trabalho, que nessa época era realizado pelos escravos, enquanto que o direito ao lazer pressupõe o trabalho, não o suprime.

O direito ao lazer é fundamental ao próprio direito a vida, é necessário à preservação do ser humano e ainda a sua inclusão social, trata-se de corolário ao direito à desconexão (MAIOR, 2015).

A atividade do homem, segundo Martins (2008), restrita como sua natureza, tem limites que não podem ser ultrapassados. Por isso o trabalho não deve se prolongar por mais tempo que as forças permitem, de tal modo que o repouso deve ser proporcional à qualidade do trabalho, às circunstâncias de tempo e lugar, bem como a compleição e saúde dos operários.

O direito fundamental a saúde é direito básico diretamente ligado à vida e à integridade física, e pressupõe não apenas a ausência de doenças, conforme já mencionado, mas importa em qualidade de vida, completo bem estar físico e mental. Assim o descanso e o lazer são fundamentais ao cuidado com a saúde e a dignidade da pessoa humana.

O objetivo da Constituição ao limitar a jornada de trabalho, foi dedicar ao trabalhador um fundamental tempo para seu lazer e descanso em contraponto ao trabalho em tempo integral possibilitado pelo uso das novas tecnologias.

Em uma realidade social de desemprego crescente, fica ainda mais difícil advogar pelo direito ao lazer, além disso, o desenvolvimento tecnológico, tem submetido ainda mais o homem ao trabalho, no já

comentado "neoescravismo", posto que os dispositivos de comunicação têm interferido na confusão entre ambiente de trabalho e de lazer, afetando à intimidade e à vida privada dos cidadãos de modo geral.

Nas palavras de SILVA (2009), os direitos sociais visam possibilitar melhores condições de vida aos que se encontram em situação desfavorecida, para igualar as situações sociais desiguais. São a dimensão dos direitos fundamentais do homem, prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente. Esses direitos criam condições materiais mais propícias ao aumento da dignidade real, são pressupostos do gozo dos direitos fundamentais.

O repouso e o lazer encontram-se dentre as condições dignas de vida do cidadão e a própria Constituição assegura ao ser humano o descanso e o lazer por meio de diversos dispositivos, tais como, o repouso semanal remunerado, limitação de jornada, gozo de férias anuais remuneradas e ainda o direito a aposentadoria.

Segundo Oliveira (2010), o lazer requer tempo disponível livre de obrigações cotidianas e das condições necessárias à realização de suas experiências, condições que não podem ser garantidas pelo próprio indivíduo, mas dependem de uma ação coordenada de toda a sociedade, envolvendo o Governo, as empresas, os sindicatos, os fornecedores, as famílias e as instituições de ensino.

O constituinte, ao colocar o lazer como direito social ao lado do direito ao trabalho, demonstrou reconhecer a necessidade de lazer e desconexão, reconhecendo a dimensão social e humana do trabalhador, possibilitando seu completo bem-estar físico e mental.

Importa ressaltar a necessidade da evolução do ordenamento no sentido de tutelar os cidadãos diante da hiperconexão proporcionada pelas novas tecnologias preservando o homem de forma geral em sua saúde, intimidade, privacidade e dignidade. Como já mencionado, o direito à desconexão além de ser direito do cidadão, é direito da sociedade e da família, assim surge à necessidade de regulação do direito ao lazer e sua proteção estatal.

3.2. *Dano existencial por violação ao direito à desconexão*

3.2.1. *Direito do Trabalho*

Para Mareto (2015), o direto à desconexão relaciona-se com os direitos fundamentais relativos às normas de saúde, higiene e segurança

do trabalho, assim como o direito à limitação da jornada, ao descanso, às férias, à redução de riscos de doenças e acidentes de trabalho, todos constantes da Constituição Federal. Relaciona-se ainda com os direitos constitucionais ao lazer (art. 6°, caput), o direito à vida privada (art.5°, inciso XX), o direito a saúde, a vida, a dignidade da pessoa humana e ao meio ambiente sadio e equilibrado (art. 225), vez que o ambiente laboral é aspecto do meio ambiente.

O descanso, conforme já retratado, é essencial a saúde física e psíquica do cidadão, bem como sua ausência implica em queda de produtividade e está relacionada a uma série de patologias.

O Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado favorável à desconexão do ambiente de trabalho, como se pode perceber pelo trecho de julgado colacionado em seguida:

> A concessão de telefone celular ao trabalhador não lhe retira o direito ao percebimento das horas de sobreaviso, pois a possibilidade de ser chamado em caso de urgência por certo limita sua liberdade de locomoção e lhe retira o direito à **desconexão do trabalho**. (Processo: RR – 64600-20.2008.5.15.0127. Data de julgamento: 27/06/2012. Relatora: Juíza convocada – Maria Laura Franco Lima de Faria, 8ª turma, Data de Publicação: DETJ 29/06/2012).

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região entendeu no mesmo sentido, que durante o descanso, deve haver **total desconexão** das atividades que o empregado desempenha, com o objetivo de proteger a saúde física e mental do trabalhador, como se pode perceber no julgado infra:

> Direito à desconexão do trabalho. Intervalo intrajornada substituído por pagamento de horas extras. Norma de ordem pública e caráter cogente. Invalidade. O artigo 71 da CLT, ao prever a obrigatoriedade do intervalo intrajornada, estabelece norma de ordem pública e de caráter cogente, indisponível pelas partes, nem mesmo no campo da autonomia privada coletiva (negociação coletiva). Os períodos de descanso intrajornada previstos em lei devem ser gozados pelo trabalhador com total desvinculação de suas atividades laborais. Trata-se do denominado "direito à desconexão do trabalho", expressão cunhada pelo doutrinador Jorge Luiz Souto Maior. O "direito ao não trabalho", durante o intervalo dentro da jornada, tem por escopo a preservação da saúde, física e mental, e a própria segurança do empregado, como forma mínima de assegurar a dignidade da

> pessoa humana. O mero pagamento de horas extras, em substituição à fruição do intervalo intrajornada, (...) (TRT-4 - RO: 11990003200950403 32 RS 0119900-03.2009.5.04.0332, Relator: DENISE PACHECO, Data de Julgamento: 04/08/2011, 2ª Vara do Trabalho de São Leopoldo)

O dano existencial no Direito do Trabalho decorre da conduta do empregador que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal (BOUCINHAS FILHO E ALVARENGA, 2018).

O direito à desconexão do ambiente de trabalho é inerente a todo e qualquer empregado e consiste no "desligamento", na desconexão, como o próprio nome sugere, tanto físico ou mental, do empregado ao ambiente em que trabalha (SILVA, 2015).

O objetivo desse direito é proteger o direito do trabalhador à saúde e possibilitar o vital descanso de suas atividades laborais, dando espaço ainda que o mesmo tenha vida social e familiar (VENDRULOSCO, 2015).

Embora, conforme já demonstrado por jurisprudências acostadas, essa espécie de dano já seja reconhecido pela doutrina e jurisprudência brasileiras, sua adoção ainda é muito restrita, aplicando-se preponderantemente na justiça do trabalho e de forma tímida (GARCIA, 2015).

Para Almeida Neto (2009) no dano existencial o ofendido se vê privado do direito fundamental, constitucionalmente assegurado, de, respeitando o direito alheio, livre dispor de seu tempo fazendo ou deixando de fazer o que bem entender. Em última análise, ele se vê despojado de seu direito à liberdade e à sua dignidade humana.

> O ser humano tem o direito de programar o transcorrer da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com

tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida (ALMEIDA NETO, 2009).

Nas relações de trabalho, verifica-se a existência de dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos *profissional, social e pessoal (*BOUCINHAS FILHO E ALVARENGA, 2018).

Segundo Soares (2009), outra forma inquestionável de dano existencial consiste em submeter determinado trabalhador à condição degradante ou análoga à de escravo. A impossibilidade de autodeterminação que o trabalho "escravizado" acarreta bem como as restrições severas e as privações que ele impõe, modificam, de forma prejudicial, a rotina dos trabalhadores a ele submetido, principalmente, no horário em que estão diretamente envolvidos na atividade laboral para a qual foram incumbidos.

Dessa forma, o reconhecimento do dano existencial enquanto espécie de dano extrapatrimonial indenizável é a consagração da ampla tutela da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha de raciocínio, para Lewicki (2003), a personalidade, em todos os seus aspectos e desdobramentos, encontra sua garantia na cláusula geral de tutela da pessoa humana, cujo ponto de confluência é a dignidade da pessoa humana, por encontrar-se no ápice do ordenamento jurídico e funcionar como um valor reunificador da personalidade a ser tutelada.

Nas palavras de Frota (2010), além dos elementos inerentes a qualquer forma de dano, como a existência de prejuízo, o ato ilícito do agressor e o nexo de causalidade entre as duas figuras, o conceito de dano à existência é integrado por dois elementos, quais sejam: o projeto de vida e a vida de relações.

O projeto de vida, para BEBBER (2009) se refere a tudo aquilo que determinada pessoa decidiu fazer com a sua vida. Para o autor, o ser humano, por natureza, busca sempre extrair o máximo das suas potencialidades, o que o leva a permanentemente projetar o futuro e realizar escolhas visando à realização do projeto de vida. Por isso, o mesmo afirma que qualquer fato injusto que frustre esse destino, impedindo a sua plena realização e obrigando a pessoa a resignar-se com o seu futuro, deve ser considerado um dano existencial.

No tocante à vida de relação, para ALMEIDA NETO (2005), o dano resta caracterizado, na sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas

que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente, dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extra laborais, como por exemplo, a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, o teatro, as agremiações recreativas, entre tantas outras. Essa vedação interfere decisivamente no estado de ânimo do trabalhador atingindo, consequentemente, o seu relacionamento social e profissional. Reduz com isso suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho o que reflete negativamente no seu desenvolvimento patrimonial.

3.2.2. *Direito do Consumidor*

A teoria aprofundada Desvio Produtivo do Consumidor de Dessaune (2017) aplica-se sempre que determinador fornecedor entrega ao consumidor um produto ou um serviço que por fato ou vício exija que o consumidor perca tempo (que seria utilizado em outras atividades produtivas ou existenciais) na solução dessa questão. Segundo o autor:

> Ocorre que, no Brasil, inúmeros profissionais autônomos e liberais, empresas de diversos portes e o próprio Estado, em vez de atender o consumidor com qualidade – assim satisfazendo as suas necessidades ,desejos e expectativas, promovendo o seu bem-estar, contribuindo para a sua existência digna e liberando os seus recursos produtivos –,corriqueiramente não realizam sua missão8, por despreparo, desatenção, descaso ou má-fé. Dito de outra maneira, incontáveis fornecedores, no lugar de cumprir os seus principais deveres jurídicos originários – de qualidade-adequação, de qualidade-segurança, de informação, de boa-fé, de não empregar práticas abusivas no mercado, de indenidade –, cotidianamente violam a lei, por ato culposo ou doloso. (DESSAUNE, 2017)

Desse cenário resulta que o consumidor acaba se desviando de suas competências ou de atividades por ele preferidas, vindo a desperdiçar seu tempo para tentar solucionar a demanda gerada pelo descaso do fornecedor.

> Consequentemente o fornecedor faltoso induz o consumidor prejudicado a tomar uma decisão sob a influência inevitável de fatores incontroláveis, a renunciar a alguns de seus direitos especiais tutelados pelo CDC e a se submeter ao modus solvendi do problema que o próprio fornecedor veladamente impõe, o qual traduz a vontade interna dele. (DESSAUNE, 2017)

O mencionado autor identifica que, nas "relações de troca" com o fornecedor, o consumidor dispõe de alguns recursos, arrolando-os como "*recursos naturais vulneráveis*"; "*recurso cognitivo abstrativo*"; "*recursos vitais vulneráveis*"; "*recursos produtivos limitados*"; "*recursos materiais limitados*" e "*recurso volitivo condicionado*".

No que interessa diretamente ao presente estudo, destacam-se os "*recursos produtivos limitados*", que, nos dizeres de DESSAUNE (2017) *são o seu tempo e suas competências (conjunto de conhecimentos ou saber, habilidades ou saber-fazer e atitudes ou saber-ser, necessários para o desempenho de uma atividade:*

> Ao se esquivar de resolver o problema primitivo em prazo compatível com a real necessidade do consumidor, com a utilidade do produto ou com a característica do serviço, o fornecedor consuma tal prática abusiva e gera para o consumidor duas novas alternativas de ação, que são indesejadas: assumir o prejuízo ou tentar, ele mesmo, solucionar a situação lesiva. Ademais, ao confrontar o consumidor com essas novas alternativas de ação que, apesar de indesejadas, mostram-se prioritárias, necessárias ou inevitáveis naquele momento, o fornecedor restringe a possibilidade de escolha do consumidor. Além disso, ao impor ao consumidor um prejuízo em potencial, iminente ou consumado, o fornecedor influencia a vontade do consumidor.

O comportamento principal do consumidor de despender tempo vital e se desviar de atividades existenciais – viola os seus mais legítimos interesses e configura uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à vida, que é indisponível, bem como uma renúncia antijurídica ao direito fundamental à educação, ao trabalho, ao descanso, ao lazer, ao convívio social, aos cuidados pessoais ou ao consumo – enquanto expressão individual, social ou coletiva da liberdade de ação em geral –, dos quais ninguém poderia abdicar por força de circunstâncias que aviltem o princípio da dignidade humana, que apoia esses direitos (DESSAUNE, 2017).

Os órgãos jurisdicionais que tiveram a oportunidade de aplicar a tese da perda do tempo útil/livre do consumidor como causa de dano moral limitavam-se a "declarar" essa espécie de violação aos direitos da personalidade e sua reparabilidade.

Ou seja, até a publicação dos acórdãos não se encontrava no bojo das decisões qualquer fundamento doutrinário específico tratando dessa modalidade de ato ilícito. Contudo, as citadas decisões sinalizam no sentido do acolhimento da tese do desvio produtivo do consumi-

dor, demonstrando um importante e bem-vindo avanço por parte dos tribunais na defesa dos direitos e interesses do consumidor brasileiro (BASTOS, 2017).

Assim, como no ambiente do trabalho, na relação consumerista o não atendimento ao direito fundamental do consumidor a desconectar-se, ou mesmo, fazer o consumidor prejudicar seu tempo útil ou livre para solucionar questões relacionadas a aquisição de um produto ou prestação de um serviço configura dano passível de reparabilidade.

Entende-se que o dano temporal trata-se de espécie diversa do dano existencial. Enquanto que o dano temporal é a espécie de dano que tutela a perda de tempo do consumidor ao abordar questões na relação com o fornecedor além do tempo razoável exigido do mesmo, o dano existencial seria aquele dano tão amplo, que frustra o projeto de vida, que frusta todo o planejamento futuro da vida do consumidor.

Assim, para Dessaune (2017), ao arbitrar a indenização do dano extrapatrimonial de cunho existencial decorrente de desvio produtivo do consumidor, o juiz, verificando que o caso envolve, por exemplo, um grande fornecedor que notoriamente lesa consumidores de modo intencional e reiterado, deve considerar o grau de culpa e a condição econômica desse agente ofensor, elevando o valor da indenização casuisticamente para que sejam alcançados não só o efeito satisfatório e o punitivo da condenação, como, também, o seu efeito preventivo.

Existe a possibilidade da ocorrência de dano existencial na relação de consumo? Acreditamos que sim. Como em uma doença grave como AIDS adquirida de uma transfusão sanguínea, como em a perda da sensibilidade olfativa decorrente de enfermidades mal diagnosticadas, ou a perda da visão em decorrência de uma cirurgia de correção de miopia mal feita. Como por exemplo em uma cirurgia plástica que resulta na amputação de um seio.Todos esses são exemplos de relações consumeristas que poderiam gerar um dano existencial. Um dano que prejudique de forma profunda a forma de vida e os planos futuros de um consumidor.

Difere-se totalmente do dano temporal que nada mais é que a perda do tempo útil ou de lazer do consumidor resolvendo questões relacionadas à prestação do serviço ou aquisição de um produto.

Para Dessaune (2017), sobre o dano temporal, o tempo é o suporte implícito da vida, que dura certo tempo e nele se desenvolve, e a vida constitui-se das próprias atividades existenciais que nela se sucedem. Esse tempo vital tem valor inestimável, visto que é um bem econômico escasso que não pode ser acumulado nem recuperado ao longo da vida

Entretanto, percebe-se algumas similaridades entre as espécies mencionadas de dano. A primeira delas é que ambas encontram fundamentos legais comuns, como o direito ao lazer, ao convívio familiar, o direito ao descanso, à própria desconexão, o direito ao tempo e às atividades existenciais praticadas nesse tempo.

A outra similaridade se refere a discussão doutrinária acerca se tais danos seriam danos autônomos ou apenas espécies/causas do dano moral, passível de indenização por parte do cidadão lesado.

4. Considerações finais

Em tempos modernos em que a profecia de Chaplin se vê cumprida de forma categórica, uma grande crença por parte da humanidade foi vencida, a de que a tecnologia serviria ao homem e até mesmo lhe roubaria as funções.

O que se observa no presente momento é que a tecnologia não tomou o lugar do cidadão, mas sim adentrou sua vida privada, sua vida social e familiar, seu período de lazer e descanso.

A introdução de todas essas tecnologias no ambiente laboral, consumerista e privado precisa ser abordada pelos doutrinadores e precisa ser regulamentada de forma devida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Enquanto que em alguns países europeus o assunto já se encontre regulamentado, como a proibição na França do empregador e superior hierárquico de entrar em contato de qualquer forma (mensagem instantânea, rede social ou correio eletrônico) em contato com o trabalhador, no Brasil essas questões ainda não se encontram devidamente tuteladas.

Ocorre que durante esse atraso do ordenamento e durante o período em que doutrinadores, juristas e tribunais ignoram a necessidade de se estabelecer limites à vida privada do cidadão, principalmente em relação a empregadores e fornecedores, ocorrem uma série de danos a uma coletividade indeterminável de sujeitos.

Pessoas comuns que se sentem obrigadas a responder imediatamente uma mensagem durante o período em que deveriam estar completamente desconectadas do ambiente laboral ou consumerista por exemplo.

Essa sensação de necessidade de responder e atender tomadores de serviço e fornecedores em tempo integral pode gerar uma série de danos físicos e psíquicos a saúde desses cidadãos e ainda gerar uma sem gama de espécies de dano.

Pode gerar dano existencial, quando o dano gerado repercute no projeto de vida das pessoas ou pode gerar dano temporal, quando

as pessoas veem seu tempo livre ou útil prejudicados para solucionar questões que deveriam ser solucionadas pelo próprio fornecedor.

Sendo que o tempo e as atividades existenciais a serem praticadas nesse tempo, principalmente ligadas ao lazer, à convivência familiar e social é um dos bens mais preciosos do ser humano e é antes de tudo um direito fundamental ressalvado por nossa Carta Magna e pela Declaração Universal de Direitos humanos, essencial à vida e à dignidade.

Dessa forma, é necessário uma evolução normativa imediata para estabelecer limites que tutelem à vida privada dos cidadãos, de forma que possibilite aos mesmos o direito à se desconectar, a ter um período de ócio, de lazer, de poder se dedicar integralmente ao convívio social e familiar de forma que assegure a própria dignidade em sua existência e de forma a garantir minimamente sua saúde física e mental.

Referências

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BOCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O dano existencial e o direito do trabalho.* Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24160224_O_DANO_EXISTENCIAL_E_O_DIREITO_DO_TRABALHO.aspx Acessado em 10 de maio de 2016. fissional, social e pessoal.

CAHALI, Yusse Said. DANO MORAL. São Paulo: RT, 2011. 4ª edição.

CALVET, Otávio. *O direito ao lazer nas Relações de trabalho.* Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/artigos/.../otavio_calvet_direito_ao_lazer.pdf> Acesso em 23 de out 2015.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Danos existenciais: precificando lágrimas?* Disponível em: < http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/408>. Acesso em 19 de maio de 2016.

FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial.* Revista Ciência Jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

GARCIA. Fernando Murilo Costa. *Dano Ambiental Existencial – Reflexos do dano aos pescadores artesanais.* Curitiba: Juruá, 2015.

GOMES, Christianne Luce. *Lazer e Descanso.* Seminário de Lazer em debate, 9, 2008, São Paulo. *Anais.* São Paulo: USP, 2008. P. 1-15. Disponível em: <http://www.uspleste.usp.br/eventos/lazeredebate/anais-christianne.pdf.pdf> Acesso em 23 de out 2015.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. O DANO TEMPORAL E SUA REPARABILIDADE: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E VISÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. MISSION JURÍDICA, dezembro de 2015. Disponível em: https://www.revistamisionjuridica.com/o-dano-temporal-e-sua-reparabilidade-aspectos-doutrinarios-e-visao-dos-tribunais-brasileiros/ consultado em 10 de novembro de 2018.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAIOR. Jorge Luiz Souto. *DO DIREITO A DESCONEXÃO DO TRABALHO.* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/do-direito-%C3%A0-desconex%C3%A3o-do-trabalho. Consultado em: 23 de outubro de 2015.

MARETO, Elisangela Belote. *Do direito à desconexão do trabalho.* Disponível em: <http://www.altoeadvocare.adv.br/site/conteudo.asp?codigo=804> Acesso em 23 de out 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos Fundamentais Trabalhistas.* São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, Tratado de Direito Privado, 3. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

OLIVEIRA, Márcio Batista de. *O direito ao lazer na formação do homem social.* In: Âmbito jurídico, Rio Grande, XII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leituraartigo_id=7406> Acesso em 24 de out 2015.

POSITANO, Gabriele. Loc. Cit. Il dano esistenziale. Disponível em: http://www.studirgiuridici.unile.it/medicinalegale/documenti/gabrielepositano.htm (consultado em 17.05.2016)

RAMPAZZO SOARES, Flaviana. *Responsabilidade Civil por dano existencial.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. P. 44.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano Moral Indenizável.* 4 ed. rev., amp. E atual. De acordo com o novo código civil. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003, p. 108.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA. Rafael Silveira de. *Dano Existencial na relação laboral – a tutela dos direitos sociais.* Disponível em: <http:// http://rafaelsilveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/151317103/dano-existencial-na-relacao-laboral> Acesso em 19 de maio de 2016.

9

A casuística do "choque nervoso" (*Schockschaden*) no Direito Civil Alemão

Guilherme Henrique Lima Reinig[1]
Rafael Peteffi da Silva[2]

1. Introdução[3]

Na vigência do Código Civil de 1916, a jurisprudência brasileira negava indenização por danos morais aos parentes da vítima direta, situação que modificou-se nas últimas décadas, sendo que o Código Civil de 2002 "tornou induvidosa" a indenizabilidade dos prejuízos de afeição (SANSEVERINO, 2010, p. 294). Em contraposição à essa perspectiva, o Código Civil alemão (BGB) não prevê "indenização por danos morais para familiares" (*Angehörigenschmerzensgeld*) (MEDICUS; LORENZ, 2010, p. 337) ocupando, dessa forma, um lugar singular no cenário europeu (KADNER GRAZIANO, 2006, p. 209).

Com efeito, no direito civil alemão não se indeniza a dor do luto ou outras reações negativas, como uma profunda tristeza, o sofrimento, a angústia etc., exigindo-se a demonstração médica de uma doença psíquica, para que haja responsabilidade civil (KARCZEWSKI, 1992,

---

[1] Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Univiversidade do Estado de São Paulo.

[2] Professor Associado da Universidade Federal de Santa Catarina nos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Coordenador do Grupo de Pesquisas do CNPQ "Direito Civil na Contemporaneidade". Editor da Revista de Direito Civil Contemporâneo (RT/Thomson Reuters). Coordenador Regional (Santa Catarina) do Comitê Brasileiro de Arbitragem (Cbar).

[3] O presente artigo foi originalmente publicado em *Civilistica.com* (REINIG; PETEFFI, 2017), tendo sofrido alterações.

p. 291-392; HELDERMANN, 2004, p. 8 e ss.; VON BAR, 1999, p. 75 e ss.; BICK, 1970, p. 5-11 e 146-149; ADELMANN, 2009, p. 450-451; KRAMER, 2010, p. 744). Dessa forma, os familiares da vítima somente obtêm indenização na hipótese que se denominou "choque nervoso" (*Schockschaden*),[4]-[5] casuística cuja existência e razão de ser se explicam no contexto do regime de responsabilidade civil adotado pelo Códigio Civil alemão (BGB).

De fato, o legislador alemão estabeleceu limites estreitos e precisos para as pretensões indenizatórias de interesses extrapatrimoniais. Nesse sentido, um primeiro aspecto a ser destacado é a *inexistência, no BGB, de uma cláusula geral de responsabilidade civil*. O código alemão dispõe de três principais figuras delituais: i) a violação de direito ou bem jurídico absoluto (§ 823 I do BGB); ii) a infração de "lei de proteção" (*Schutzgestz*) (§ 823 II do BGB); e iii) o dano provocado de maneira dolosa e contrária aos bons costumes (§ 826 do BGB).

É a primeira delas que interessa diretamente ao problema do choque nervoso, pois o § 823 I do BGB "seleciona" e, dessa forma, restringe os interesses juridicamente tuteláveis pelo direito delitual. Portanto, não é todo e qualquer prejuízo ou dano que enseja a responsabilidade civil nos termos do citado dispositivo, mas apenas a lesão de *determinados bens jurídicos*, em especial a vida, o corpo, a saúde, a liberdade (no sentido de liberdade de locomoção) e a propriedade.

Como o dano moral sofrido pelo familiar da vítima de acidente não está previsto na lei como um prejuízo indenizável em si, as cortes alemãs somente reconhecem a responsabilização se o terceiro demonstrar uma lesão à sua saúde psíquica. Em termos práticos, não se aceita a dor ou o

---

[4] Poder-se-ia traduzir a expressão para "abalo nervoso", como o fez Antunes Varela, por exemplo (VARELA ANTUNES, 2000, p. 621, nt. 1). Todavia, é melhor optar pela tradução literal. Primeiramente, a palava "abalo" é frequentemente encontrada nos julgados brasileiros num sentido genérico e impreciso, não indicando, necessariamente, a existência de uma doença psíquica. Em segundo lugar, a palavra "choque" pode ser empregada no sentido de "perturbação brusca do equilíbrio mental ou emocional; abalo psíquico devido a causa externa" (HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2009, p. 456).

[5] Parte da doutrina alemã associa a noção de choque nervoso com o conceito de "transtorno de estresse pós-traumático" (HELDERMANN, 2004, p. 7). O transtorno de estresse pós-traumático (*posttraumatic stress disorder*) foi introduzido no *Diagnostic and Statitical Manual of Mental Disorders III* da Associação Americada de Psiquiatria em 1980. Para os seus pressupostos cf. FISCHER, 2016, p. 34 e ss., e referências citadas pelo autor.

sofrimento resultante da morte alheia (ou de qualquer outra lesão sofrida por terceiro) como um fundamento suficiente para a responsabilização prevista no § 823 I do BGB.

O segundo aspecto a ser destacado relaciona-se precisamente com a disciplina legal da indenização por dano moral (*Schmerzensgeld*) no código civil alemão. Apesar da proteção conferida pela jurisprudência tedesca ao Direito Geral de Personalidade, *a condenação por danos morais somente é possível em casos específicos*, nos termos do § 253 do BGB,[6] sendo que *os prejuízos reflexos (*Fernwirkungsschäden*) somente são indenizados nas hipóteses expressamente previstas em lei*, a saber, naquelas indicadas nos §§ 844 e 845 do BGB.

O § 844 trata da hipótese de homicídio, prevendo a reparação das despesas com o funeral do falecido e a prestação de alimentos em favor das pessoas a quem o morto os devia por força de lei.[7] A redação é muito semelhante à do artigo 948 do Código Civil brasileiro, mas é preciso lembrar que o diploma legal pátrio dispõe de um regime de cláusula geral, permitindo soluções jurisprudenciais mais flexíveis.

---

[6] § 253. *Dano imaterial.* (1) Em razão de um dano que não seja patrimonial somente se pode exigir uma indenização em dinheiro nos casos determinados por lei. (2) Se for devida uma indenização em razão de uma lesão ao corpo, à saúde, à liberdade ou à autodeterminação sexual, pode-se também exigir uma justa reparação (*billige Entschädigung*) em dinheiro pelo dano que não seja patrimonial. (**§ 253. Immaterieller Schaden.** (1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden. (2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden).

[7] **§ 844. Ersatzansprüche Dritter bei Tötung.** (1) Im Falle der Tötung hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen. (2) Stand der Getötete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnis, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde; die Vorschrift des § 843 Abs. 2 bis 4 findet entsprechende Anwendung. Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung gezeugt, aber noch nicht geboren war.

O § 845 do BGB cuida da pretensão indenizatória por serviço não prestado, dispondo que, "na hipótese de morte, de lesão ao corpo ou da saúde assim como no caso de privação de liberdade, se o lesado devia, por força de lei, prestar serviços a um terceiro em sua moradia ou em seu comércio, o responsável deve indenizar o lucro cessante do terceiro mediante pagamento de pensão".[8]

Portanto, verifica-se que no direito civil alemão não há previsão legal para o caso clássico de dano reflexo extrapatrimonial, qual seja o prejuízo moral sofrido por um indivíduo em consequência da morte de um familiar próximo. Embora se trate de um problema comum a diversos ordenamentos jurídicos (PETEFFI DA SILVA; RODRIGUES JR., 2016), não há uma solução uniforme no direito comparado, o que fica claro quando contrapostos o regime brasileiro e o alemão.

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo consiste em: explicar a origem da casuística do *Schockschaden* na jurisprudência do Tribunal do *Reich* (item 1), bem com alguns critérios limitativos adotados pela jurisprudencial alemã (item 2), indicando, por fim a existência de uma proposta legislativa de alteração do BGB. Por fim, ao final serão tecidas algumas conclusivas, em comparação com a solução acolhida pelo direito brasileiro.

2. A jurisprudência do Tribunal do *Reich* sobre os choques nervosos

Em 1931 o Tribunal do *Reich* decidiu o caso de uma mulher que fora acometida por um colapso nervoso ao receber a notícia do falecimento de seu filho em consequência de um acidente provocado culposamente pelo demandado. O julgado *RGZ 133, 270* é um marco da jurisprudência alemã, pois, para a referida corte, a mãe foi lesada em sua própria saúde, sendo irrelevante não ter se envolvido diretamente no acidente, mas apenas mediatamente através da notícia de falecimento de seu filho. Dada a relação causal adequada entre este fato e a lesão à saúde da autora, o tribunal decidiu responsabilizar o demandado pelo choque

[8] **§ 845. Ersatzansprüche wegen entgangener Dienste.** Im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war, dem Dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz zu leisten. Die Vorschrift des § 843 Abs. 2 bis 4 findet entsprechende Anwendung.

nervoso, entendendo não se tratar de um prejuízo mediato ou indireto (*mittelbarer Schaden*), o que inviabilizaria legalmente o reconhecimento do dever de indenizar.

Poucos anos depois, em 1934, o Tribunal do *Reich* reiterou o seu entendimento, concedendo indenização a um cônjuge varão que sofrera um choque nervoso ao presenciar a morte de sua mulher num acidente (HELDERMANN, 2004, p. 21).[9] A questão voltou a ser analisada numa decisão de 1938, na qual houve responsabilização, centrando-se a discussão no problema da oponibilidade da culpa da vítima diretamente envolvida no acidente, julgado ao qual se voltará abaixo (RGZ 157, 11). Em 1940, o Tribunal do *Reich* reafirmou mais uma vez o seu entendimento, determinando a reparação dos prejuízos sofridos por uma mulher que sofrera um choque nervoso ao chegar ao local em que sua filha, atingida por um trem, encontrava-se morta (RGZ 162, 321).

Essa solução jurisprudencial consolidou-se nas cortes, sendo atualmente aceita pela doutrina (HELDERMANN, 2004, p. 23) e acolhida pelo Tribunal Federal alemão (BGH), a qual, todavia, passou a enfrentar o problema da limitação da responsabilidade por choque nervoso.

3. Critérios limitativos na jurisprudência do BGH

São quatro os principais aspectos da limitação da responsabilização em caso de choque nervos. O primeiro deles relaciona-se diretamente a incertezas quanto à prova da lesão à saúde psíquica e a possibilidade de um número indeterminado de vítimas potenciais (HELDERMANN, 2004, p. 26 e ss.). Trata-se do "limite de gravidade" (item 2.1.). O segundo ponto diz respeito à determinação das pessoas legitimadas à pretensão indenizatória (item 2.2.). A jurisprudência alemã também procura identificar circunstâncias do evento lesivo que justificam a imputação da responsabilidade por choque nervoso (item 2.3.). Por fim, uma quarta questão muito debatida é a oponibilidade ou não da culpa concorrente da vítima "direta" ao titular da pretensão indenizatória por choque nervoso (item 2.4.).

3.1. O "limite de gravidade"

A demonstração médica de uma lesão à saúde psíquica não é suficiente para gerar a responsabilidade do § 823 I do BGB. A jurisprudência alemã também uma "específica lesão à saúde segundo a concepção social"

[9] O autor cita uma decisão de 20/9/1934 (JW 34, 2973 Nr. 6).

(*besondere Gesundheitsverletzung nach der Verkehrssauffassung*). Trata-se de um "limite de gravidade" da lesão (*Erheblichkeitsschwelle*): somente se considera como lesão à saúde uma reação psíquica que, além de medicinalmente diagnosticada, não for totalmente insignificante (LIPP, 1991, p. 811).

Esse critério origina-se em decisões de primeira e segunda instância proferidas nas décadas de 1950 e 1960 (HELDERMANN, 2004, p. 68-70). Algumas delas eram rigorosas quanto à demonstração da lesão à saúde psíquica, tendência essa confirmada na decisão BGHZ 56, 163, proferida pelo BGH em 1971.

A autora da ação sofreu um grave choque nervoso ao receber a notícia do falecimento de seu marido. Disso resultou um estado depressivo. Ao analisar o caso, o BGH assinalou que o direito positivo alemão não concede pretensão indenizatória para sofrimentos do espírito quando não demonstrada uma violação do corpo ou da saúde. Para a corte, nem toda perturbação das funções psíquicas e do processo fisiopsicológico, como dores, tristeza ou susto, configuram lesão à saúde no sentido do § 823 I do BGB. Portanto, seria indispensável limitar a responsabilização aos danos que possam ser considerados como lesão ao corpo ou à saúde não apenas do ponto de vista médico, como também do social (*allgemeine Verkehrsauffassung*). Partindo desse pressuposto, o BGH determinou à corte de apelação que reapreciasse o pedido da autora, pois no laudo médico não foram comprovados danos orgânicos duradouros ou reflexos psicopatológicos, como neuroses ou psicoses.

O critério adotado pelo BGH é criticado por muitos autores (OETKER, 2016, p. 1877-1878; DEUBNER, 1971; HELDERMANN, 2004, p. 74 e ss.). Nesse sentido, afirma-se que o § 823 I do BGB tutela os indivíduos contra lesões ao corpo e à saúde, sem distinguir segundo a natureza física ou psíquica do prejuízo (HELDERMANN, 2004, p. 79-81). Além disso, o critério do BGH não seria realizável na prática, fato comprovado, segundo Heldermann, pela circunstância de as decisões posteriores à decisão BGHZ 56, 163 fazerem uma referência meramente formal à restrição, sem fundamentarem concretamente se houve ou não o atendimento do limite de gravidade da doença (2004, p. 76).

Deubner, outro crítico da jurisprudência, afirma que a verdadeira razão para essa restrição jurisprudencial seria uma dificuldade prática na constatação da lesão psíquica, sendo comum que as cortes se deparem com subjetivismos nos laudos técnicos. Entretanto, de acordo com o

citado jurista, esse empecilho prático deveria ser solucionado no plano da investigação dos fatos, sendo ônus do autor demonstrar a existência de uma lesão à sua saúde: "Ajustes ao suporte fático como o adotado pelo BGH facilitam o trabalho das cortes, mas são vedados aos juízes" (1971, p. 623-624).[10]

Em sentido semelhante, Fischer atribui a postura restritiva do BGH à grande dificuldade, ainda existente, de se compreender racionalmente a psique humana e, logo, de mensurar as lesões do espírito. Há receio de simulações, bem como de um significativo aumento do número de litígios. É por essas razões que "em geral é mais fácil obter sucesso numa pretensão indenizatória pelo 'menor arranhão' do que por uma grave depressão", afirma Fischer (2016, p. 21).[11]

Apesar das críticas da doutrina, o limite da gravidade mantém-se na jurisprudência alemã.[12]

Há algumas possíveis explicações para isso. De acordo com Fischer, a adoção do "limite da gravidade" é um reflexo da origem histórica da indenização por choque nervoso como uma espécie de compensação pela ausência no BGB de uma pretensão para a reparação do prejuízo de afeição (2016, p. 111).[13] Heldermann apresenta outra explicação. Para ele, há na Alemanha uma tendência de se avaliarem reações emotivas negativas como lesão à saúde, enquanto as cortes inglesas e irlandesas distinguem nitidamente choque nervoso, de um lado, e emoções "negativas" que não configuram doença, de outro (2004, p. 72-74).

De fato, é fundamental não confundir a hipótese de indenização por dano moral por prejuízo de afeição, inexistente no ordenamento alemão, com a de responsabilização por choque nervoso. Assim como ocorre na Common Law, nesse caso deve-se exigir tão somente a comprovação médica da lesão à saúde. O requisito de uma "específica lesão à saúde segundo a concepção social" (*besondere Gesundheitsverletzung nach der Verkehsausfassung*) dificulta a compreensão da jurisprudência alemã.

---

[10] "Tatbestandskorrekturen, wie sie der BGH vornimmt, erleichtern den Gerichten die Arbeit, sie sind aber dem Richter verwehrt".

[11] "Daher ist es meist einfacher, selbst für 'kleinste Kratzer' mit Erfolg Schadensersatz zu verlangen als für schwere Depressionen".

[12] O critério é considerado constitucional pelo *Bundesverfassungsgericht* (NJW 2000, 2187).

[13] Para Heldermann, esse seria também o entendimento da doutrina majoritária, o que é questionável atualmente, dada a grande quantidade de autores que se posicionaram contra a jurisprudência, inclusive o citado autor (2004, p. 72-74).

3.2. Pessoas legitimadas

Alguns estudos comparativos alemães analisam a jurisprudência alemã opondo vítimas 'primárias' a vítimas 'secundárias' (*primary and secundary victims*) (FISCHER, 2016, p. 126 e ss.; HELDERMANN, 2004, p. 112 e ss.). A distinção originou-se no caso inglês *Alcock and Others v Chief Constable of South Yourkshire Police*, [1992] 1 A. C. 310, envolvendo uma terrível catástrofe ocorrida, em 1989, no estádio de futebol Hillborough em Sheffield.

Em consequência de superlotação, 96 torcedores morreram pisoteados e muitos outros foram gravemente feridos. Indivíduos que não sofreram qualquer lesão física, ajuizaram demandas em face dos organizadores alegando *nervous schock*. Alguns encontravam-se no estádio; outros assistiam ao jogo pela televisão. Havia autores com familiares ou pessoas próximas que se encontravam no estádio no momento da catástrofe, e outros sem qualquer vínculo com alguma vítima 'direta' potencial ou efetiva.

A *House of Lords* não concedeu indenização para todos os autores que comprovaram ter sofrido uma "psychiatric illness resulting form shock". Na decisão, Lord Oliver considerou como vítimas primárias aqueles indivíduos que temiam por sua própria segurança, os que auxiliavam no salvamento das vítimas e os "participantes não voluntários" (*involuntary participants*), ou seja, pessoas involuntariamente envolvidas na morte ou em uma grave lesão sofrido pela primeira vítima. Os demais indivíduos, como aqueles que assistiam ao jogo pela televisão, foram considerados vítimas secundárias. A abrangência das vítimas primárias sofreu restrição em decisões posteriores e, atualmente, a Casa dos Lordes (*House of Lords*) indaga se o lesado pelo choque nervoso encontrava-se ou não no âmbito do risco de uma lesão corporal (Page v Smith, H.L. [1996] 1 A.C., 155 (184)).

A relevância prática da dicotomia reside na exigência ou não de um vínculo pessoal entre a primeira e a segunda vítima como critério limitativo da responsabilidade. Não se requer uma relação de proximidade, quando se trata de uma *primary victim*, o contrário ocorrendo na hipótese de uma *secondary victim*. Ou seja, quem, sem sofrer lesão física, for afetado por um choque nervoso pode demandar o responsável, independentemente da existência de um vínculo pessoal com a vítima 'direta', desde que também houvesse sofrido o risco de uma lesão corporal. Para os demais, o vínculo pessoal com a vítima seria um pressuposto inafastável.

Esse critério é muito semelhante ao adotado pelas cortes tedescas, servindo, portanto, como orientação para uma exposição do direito

alemão quanto à exigência ou não de um vínculo pessoal específico da vítima 'indireta' com a 'direta'.

O pressuposto de uma relação especial entre as vítimas foi defendido por parte da doutrina na década de 1950, com reflexos em algumas decisões da década de 1960.

Em 1967 a corte estadual de Tubinga (LG Tübingen) negou o pedido de indenização de uma mulher que sofrera um choque nervoso ao presenciar a morte de uma amiga atropelada por um caminhão quando elas caminhavam lado a lado. De acordo com a decisão, somente haveria nexo causal adequado se a vítima do acidente fosse parente da autora (NJW 1968, 1187).

Em sentido diverso, a corte estadual de Frankfurt (LG Frankfurt) decidiu em 1969 que essa limitação seria muito rigorosa. No caso, a vítima do choque nervoso passeava de mãos dadas com o seu noivo, o qual foi atropelado pelo demandado, que estava dirigindo embriagado. A autora não sofreu nenhuma lesão física, mas presenciou a morte do ente querido. Para a corte, a existência ou não de um noivado seria irrelevante, devendo-se considerar como legitimada toda pessoa que precisou vivenciar de forma imediata a morte de um ser humano (NJW 1969, 2286).

O BGH tratou do tema na já citada decisão BGHZ 56, 163, de 1971, a qual versava sobre um choque nervoso sofrido pela autora por ocasião da notícia da morte de seu marido. Na ocasião, o Tribunal Federal alemão afirmou que, na hipótese de notícia de morte por acidente, seria extraordinário que uma pessoa sem vínculo de proximidade com a pessoa sofresse um choque nervoso, de forma que, por ausência de previsibilidade, não haveria imputação da lesão à saúde. Numa decisão posterior, de 1985, o BGH invocou o critério da proximidade familiar para justificar um choque nervoso sofrido por uma mulher grávida, com consequências à saúde da criança, ao receber a notícia de que seu marido sofrera grave acidente (BGHZ 93, 351).

No mesmo ano, o BGH voltou a enfrentar o tema. O autor conduzia o seu veículo a 120 Km/h em uma autoestrada, atropelando, sem culpa, um indivíduo que procurava a sua carteira de motorista que havia voado de seu veículo. Este faleceu, sendo, além disso, o único responsável pelo acidente. O autor sofreu um choque nervoso e demandou os herdeiros do falecido. O BGH decidiu que não se tratava de uma mera testemunha, mas de uma pessoa que foi diretamente envolvida no acidente, responsabilizando os herdeiros (VersR 1986, 240).

3.2.1. Vítimas diretamente envolvidas no acidente

Dessa forma, no direito alemão não se exige uma relação pessoal específica com a primeira vítima quando a pessoa que sofreu o choque nervoso foi diretamente envolvida no acidente.

Para tanto, não basta ser mera testemunha (SCHUBERT, 2013, p. 68). Argumenta-se que, nesse caso, geralmente se trata de indivíduos que, após o acidente, poderiam ter se afastado do local do acidente e evitado o choque nervoso (SCHUBERT, 2013, p. 69; HEDERMANN, 2004, p. 120). Aduz-se, também, que a vida do ser humano moderno envolve o risco de presenciar acidentes envolvendo terceiros, hipóteses nas quais concretiza-se "o risco genérico de viver" (*das allgemeine Lebensrisko*) (HEDERMANN, 2004, P. 120).

Todavia, o critério do direto envolvimento no acidente implica algumas dificuldades práticas. Nem sempre é fácil distinguir uma simples testemunha de um envolvido no acidente (FISCHER, 2016, p. 119-120). Por essa razão, alguns autores sustentam a ampliação da proteção para as simples testemunhas (OETKER, 2016, p. 351-352; SCHMIDT, 1971, p. 540; DEUBNER, 1971, P. 624-625). Outros propõem a concretização de outros critérios para essas situações, como a proximidade temporal e espacial com o acidente (HELDERMANN, 2004, p. 121 e ss., 137).

Esse problema é realçado quando uma pessoa dirige-se ao local do acidente para prestar socorro à vítima (FISCHER, 2016, p. 120 e ss.). A doutrina alemã é favorável à sua inclusão no grupo dos legitimados, mas há um julgado do BGH no qual foi negada indenização a policiais que sofreram choque nervoso ao socorrerem as vítimas de um acidente de trânsito. Eles precisaram abandonar a tentativa de salvamento, pois o veículo começou a pegar fogo, assistindo à morte dos passageiros. A corte entendeu que não houve um direto envolvimento no acidente, tratando-os como meras testemunhas (VersR 2007, 1093).[14]

---

[14] Na ocasião, o BGH mencionou o critério do "desafio" (*Herausforderung*), aplicado pela jurisprudência germânica naquelas situações em que alguém, que pode ser a própria vítima ou um terceiro, se sente "desafiado" a realiza uma conduta da qual resulta uma lesão a ele próprio ou a outrem. No entanto, não aplicou o critério, pois os lesados não sofreram um dano por ocasião de uma conduta de auto colocação em risco para a qual se sentiram "desafiados" (*herausgefordert*) em consequência da situação de perigo criadas pelo autor do acidente. Sobre esse critério para a mencionada casuística cf. ADELMANN, 2009, p. 453. Uma hipótese interessante e muito discutida no contexto desse critério é constituída pelos casos de perseguição (*Verfolgungsfälle*). Um fiscal da empresa responsável pelo transporte público ferrovi-

Afirma-se, na doutrina, que a tendência é exigir uma maior capacidade de processamento psíquico de profissionais que trabalham com atendimento emergencial, como bombeiros, policiais e médicos plantonistas. Em princípio, quem assume essas profissões deve estar preparado para lidar com situações envolvendo risco à vida e saúde alheia. Argumenta-se, também, que, ao contrário do que ocorre com não profissionais, o policial, o bombeiro, o médico de atendimento emergencial etc. não participam do salvamento por livre decisão, mas em cumprimento de um dever. Por isso, não haveria, nesse caso, uma relação de proximidade advinda de uma iniciativa altruística (HELDERMANN, 2004, p. 119).

Todavia, Fischer indica julgados responsabilizando o autor do ilícito por um choque nervoso desses profissionais. Em um deles, o réu havia atacado um policial, apesar de este ter realizado um disparo de alerta. Para não ser atingido pelos golpes, o policial atirou na perna do ofensor, situação que lhe provocou uma perturbação de stress pós-traumático, a qual foi imputada ao agressor (OLG Koblenz, in VersR 2011, 938). De acordo com Fischer, essa e outras decisões demonstram que a categoria do "risco da escolha profissional" (*Berufswahlrisiko*) não configura um critério seguro, sendo invocado somente em determinadas situações (2016, p. 123).

3.2.2. Vítimas não envolvidas diretamente no acidente

Quando não se trata de uma pessoa com direto envolvimento no acidente, consideram-se legitimados: i) o cônjuge, que, em algumas circunstâncias, é tutelado mesmo quando já separado da vítima, embora a separação seja sopesada no momento do arbitramento da indenização por danos morais (FISCHER, 2016, p. 115);[15] e ii) os pais em relação aos filhos e vice-versa, não se diferenciando a filiação natural da adotiva.

O padrasto ou a madrasta também podem exigir indenização, desde que hajam assumido, de fato, a função paterna ou materna, demonstrado, assim, um estreito vínculo emocional com a vítima. A legitimação alcança, outrossim, o nascituro quando sua mãe, em consequência de

---

ário aborda um passageiro, o qual foge para não ser multado. O fiscal segue-o, mas sofre um acidente, exigindo o pagamento de indenização contra o passageiro. Os tribunais alemães indagam, dentre outros aspectos, se a vítima devia ou não se ter sentido "desafiada" a perseguir o infrator.

[15] O autor cita uma decisão do OLG Karlsruhe, de 18/12/2001, in NZV 2012, 41.

um choque nervoso ao receber a notícia do acidente de seu filho, entra antecipadamente em trabalho de parto, com prejuízos à saúde da criança (BGZH 93, 351).

Também há entendimento no sentido da proteção do noivo (SCHMIDT, 1971, p. 540) e do parceiro ou companheiro na hipótese de "parceria registrada" (*eingetragene Lebenspartnerschaft*).[16] Essa espécie de entidade familiar é disciplinada na *Lebenspartnerschaftsgesetz* de 2001, cujo § 1 I 1 dispõe que "duas pessoas do mesmo sexo, que pessoalmente e em simultânea presença declararem ao oficial de registro civil sua intenção viverem por toda a vida como parceiros (parceiras ou parceiros), constituem uma 'parceria registrada' (*Lebenspartnerschaft*)".[17]

Não se trata, portanto, de uma união estável nos termos em que compreendida essa expressão no direito civil brasileiro, mas de uma forma de possibilitar a proteção jurídica dos casais homossexuais como entidade familiar. A união de fato (*faktische Lebensgemeinschaft*) não é tutelada pelo direito de família alemão (DETHLOFF, 2015, p. 253 e ss.). Até 2017, as alternativas eram o casamento, para casais do mesmo sexo e a "parceria registrada", para casais homossexuais. Anote-se que alteração legislativa sofrida pelo BGB naquele ano, passando ser juridicamente reconhecido o casamento entre pessoas do mesmo sexo (EheRÄndG, BGBl. I S. 2787 (Nr. 52)). De qualquer forma, já se encontravam algumas decisões atribuindo a quem vivia numa "união de fato" a qualidade de legitimado para exigir indenização por choque nervoso, pois o decisivo seria a relação de proximidade e afetividade com a vítima (FISCHER, 2016, p. 115-116).

A doutrina e a jurisprudência alemãs são restritivas quanto a outras relações de parentesco. Há entendimento de que os avós também seriam tutelados, especialmente quando participaram da criação do neto, mas para outros graus de parentesco ou para afins é negado o pedido de indenização. O mesmo vale para amigos e colegas de trabalho (FISCHER, 2016, p. 117-118; ADELMANN, 2009, p. 452), havendo, todavia, autores que não excluem a possibilidade de responsabilização, desde que comprovado um estreito vínculo de afeição com a vítima (HEDERMANN, 2004, p. 117).

---

[16] A tradução "parceria registrada" é encontrada, por exemplo, por LÔBO, 2017, p. 83.

[17] "Zwei Personen gleichen Geschlechts, die gegenüber dem Standesbeamten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, miteinander eine Partnerschaft auf Lebenszeit führen zu wollen (Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner), begründen eine Lebenspartnerschaft". Para questões relativas á constitucionalidade da lei cf. DETHLOFF, 2015, p. 236 e ss.

3.3. Circunstâncias do evento lesivo e bem jurídico afetado

Na Alemanha, exige-se que o evento ocasionador do choque configure uma razão "compreensível" (*verständlich*) para a lesão psíquica (FISCHER, 2016, p. 151; OETKER, 2016, p. 354), requisito que alguns autores associam ao critério da causalidade adequada (ADELMANN, 2009, p. 453), enquanto outros, ao escopo de proteção da norma (HELDERMANN, 2004, p. 145).

Em termos gerais, considera-se um pressuposto para a responsabilização a constatação de que uma pessoa média também teria sofrido a mesma reação psíquica, nas mesmas circunstâncias (FISCHER, 2016, p. 152).

Ao contrário do que ocorre na Common Law, na qual se exigem a proximidade temporal e espacial e que a vítima do choque tenha observado diretamente o acidente (*Aftermath Doctrine*), no direito alemão não é necessário que a pessoa afetada pelo choque tenha presenciado o acidente. Há, portanto, uma maior flexibilidade nesse ponto, com responsabilização mesmo na hipótese de choque nervoso sofrido por ocasião do recebimento da notícia do acidente (HELDERMANN, 2004, p. 126 e ss.; FISCHER, p. 167-168 e 187).[18] A razão para isso seria a circunstância de o § 823 I do BGB não estabelecer nenhuma exigência especial quando à maneira pela qual o choque foi provocado (HELDERMANN, 2016, p. 133).

Por outro lado, o direito civil alemão é restritivo quando se trata da natureza do bem jurídico afetado pelo evento ocasionador do choque nervoso. Em casos de lesão a uma pessoa, imputa-se a responsabilidade tanto na hipótese de morte quanto na de lesão grave. O mesmo não ocorre no caso de lesão leve, definida, por alguns autores, como aquela que não importa em risco à vida (HELDERMANN, 2004, p. 146; FISCHER, 2016, p. 152). Cita-se, como exemplo, uma decisão da Suprema Corte do Estado de Dresden (OLG Dresden, HRR 1941 Nr. 2, 275, 277; HELDERMANN, 2016, p. 142), para a qual a fratura sofrida no braço por um parente da pessoa acometida por um choque nervoso não é suficiente para justificar a sua responsabilização pela lesão psíquica.

Discute-se na doutrina se também seria possível responsabilizar o autor do acidente quando o choque nervoso resulta de mera situação

[18] Na Common Law não se responsabiliza o autor de um acidente por choque nervoso resultantes do recebimento de notícia do falecimento de um familiar próximo.

de risco. Cita-se como exemplo a mãe que assiste a um caminhão passar sobre sua criança, sofrendo um choque nervoso, embora a criança saia ilesa (FISCHER, 2016, p. 153; HELDERMANN, 2004, p. 147.

A questão encontra-se em aberto na jurisprudência alemã, mas Fischer, partindo do pressuposto de que a responsabilização por choque nervoso na Alemanha exerceria a função de colmatar a ausência de uma pretensão indenizatória por prejuízo de afeição, indica que a tendência seria negar a responsabilidade por choque nervoso sem uma lesão à vida ou à saúde da vítima 'direta'. Afinal, não se trataria, efetivamente, de uma pretensão autônoma e independente daquela que a primeira vítima dispõe ou disporia (2016, p. 211).

No entanto, essa interpretação é criticável. Como verificado acima, a jurisprudência alemã sobre choque nervoso foi construída com fundamento no vínculo causal direto entre a conduta lesiva e a lesão psíquica. Nesse contexto, parece mais razoável o entendimento de que poderia haver responsabilização. Além disso, a reação psíquica seria compreensível, pois a realização do resultado lesivo era incerta e altamente provável no momento do incidente (HELDERMANN, 2004, p. 147).

De modo geral, não se responsabiliza em caso de lesão a aspectos imateriais da personalidade humana (HELDERMANN, 2004, p. 148 e ss.). Nesse sentido, os tribunais germânicos não concedem indenização se o choque nervoso resultar de uma injusta suspeita de crime, como na hipótese de instauração de inquérito criminal sem fundamento legal (FISCHER, 2016, p. 154-155; HELDERMANN, 2004, p. 144). Cita-se, nesse sentido, uma decisão da Corte estadual de Hamburgo (LG Hamburg).

O demandado acusou o filho da autora de ter cometido um crime. Policiais foram até a casa dos pais do suspeito e fizeram perguntas ao seu irmão. A autora ficou muito agitada com as investigações e sofreu dano em sua saúde. A corte afastou a responsabilidade, independentemente de se tratar de uma suspeita fundada ou infundada; caso contrário, ninguém poderia comunicar a autoridade policial da ocorrência de um delito sem ter que contar com o risco de eventualmente ser responsabilizado por danos à saúde de um familiar do suspeito sofridos em consequência das investigações criminais (NJW 1969, 615).

No mesmo sentido há um interessante julgado austríaco versando sobre um choque nervoso sofrido por uma mulher quando o seu cônjuge foi detido em razão de injusta suspeita de furto de objetos de elevado valor. A ordem judicial não tinha fundamento e o varão foi solto dois dias depois. Temendo uma excessiva ampliação da responsabilidade, o

Supremo Tribunal austríaco (OGH) rejeitou a pretensão indenizatória, restringindo a imputação aos casos de morte ou lesão grave do cônjuge (OGH JBl 2007, 794; KRAMER, 2010, p. 751 e 757).

Por fim, as cortes alemãs são muito rigorosas quando se trata de choque nervoso ocasionado por prejuízos patrimoniais, dano a um bem material ou mesmo a um animal (HELDERMANN, 2004, p. 143-144). Quanto à primeira situação, o BGH já rejeitou pedido de indenização por dano psíquico sofrido por um cliente quando tomou conhecimento de prejuízos econômicos resultantes de mal cumprimento do contrato de prestação de serviços por seu advogado (NJW 2009, 3025).[19] Todavia, defende-se na doutrina que a responsabilidade seria justificada na hipótese de danos muitos significativos, como a destruição de uma casa ou uma inesperada perda de todo o patrimônio constituído durante a vida (HELDERMANN, 2004, p. 147 e ss.).

De acordo com Fischer, as cortes dos países da Common Law são mais flexíveis nesse aspecto. O autor destaca a possibilidade de concessão de indenização na hipótese dano a bem material, mas faz uma interessante observação: as decisões em que efetivamente se concede indenização pela destruição de uma coisa geralmente envolvem relações contratuais, através das quais se torna visível para o demandado a existência de uma específica relação do autor com a coisa (2016, p. 185).

Quando aos animais, parte da doutrina alemã defende a possibilidade de responsabilização quando a vítima mantiver uma relação afetiva muito forte com o animal, pois, nesse caso, a reação seria compreensível (SPICKHOFF, 2007, p. 56), especialmente quando se trata do único "amigo" do lesado, como algumas vezes ocorre com pessoas muito idosas, que já perderam quase todas as pessoas com quem mantinha uma relação afetiva mais próxima (HELDERMANN, 2004, P. 148). Todavia, em 2012 o BGH decidiu negou indenização a uma mulher que sofreu choque nervoso ao presenciar a morte de seu labrador, atropelado por um trator. Segundo a corte, o critério do "estreito vínculo pessoal" (*enge personale Verbundenheit*) serve para restringir a responsabilidade, não se devendo equiparar o choque nervoso sofrido pelo proprietário de um animal de estimação morto não pode ser equiparado à situação daquele que perde um familiar (NJW, 2012, 1730).

[19] Porém, o caso versava, sobre responsabilidade contratual. Referindo-se ao ajulgado cf. FISCHER, 2016, p. 156-157.

3.4. Oponibilidade da culpa concorrente da vítima 'direta'

Não há muita dificuldade para se opor a culpa[20] da vítima 'direta' à 'indireta' quando se trata da responsabilização por prejuízos de natureza extrapatrimonial, uma vez que o arbitramento deste se orienta fundamentalmente em critérios de equidade. O problema torna-se mais grave na indenização por prejuízo patrimonial, como, por exemplo, quando a vítima do choque nervoso perde sua capacidade laborativa em consequência da lesão à sua saúde psíquica.

O empecilho legislativo encontra-se no § 245 I do BGB, o qual trada da culpa concorrente (*Mitverschulden*).

De acordo com o dispositivo, a responsabilização e o arbitramento da indenização dependerão especialmente da medida em que o dano foi preponderamentemente causado por uma ou pela outra parte. Nesse contexto, a incidência do dispositivo pressupõe um desvio de conduta imputável, em princípio, ao *próprio* titular da pretensão indenizatória, o que não ocorre na hipótese de choque nervoso sofrido por terceiro, pois nesses casos a culpa concorrente seria da vítima 'direta' (FISCHER, 2016, p. 194 e ss.; DEUBNER, 1971, p. 625-626).

Ciente disso, o Tribunal do *Reich*, em precedente de 1938, buscou outro caminho para decidir que a culpa da vítima 'direta' deve ser levada em consideração na hipótese de choque nervoso de terceiro (RGZ 157, 11).

Em primeira e segunda instância foi decidido que a pretensão indenizatória por choque nervoso do pai de vítima fatal de acidente de trânsito não deveria ser reduzida pela metade em razão da alegada culpa concorrente do falecido (RGZ 157, 11). Entretanto, o Tribunal do Império alemão aplicou o § 846 do BGB por analogia.

O citado dispositivo amplia a incidência do critério previsto no § 245 do BGB às hipóteses de prejuízo reflexo contidas nos §§ 844 e 845 do mesmo diploma legal, os quais, como visto acima, cuidam das hipóteses de homicídio e de serviço não prestado. Se, por exemplo, o autor da ação exigir pensão pela morte da vítima direta, o tribunal pode reduzir o valor da indenização se constatado que esta contribuiu culposamente para a sua própria morte.

---

[20] Há, na doutrina brasileira, uma importante corrente que considera que o critério da culpa concorrente seria nada mais que a aplicação da concorrência causal. Sobre o tema cf. PETEFFI DA SILVA, 2013, p. 243 e ss. Esse problema não será abordado no presente artigo.

Segundo o Tribunal do *Reich* os §§ 844 e 845 configuram exceções ao princípio geral, adotado pelo BGB, de acordo com o qual somente a vítima direta deve ser indenizada. Todavia – segue a corte –, ao estabelecer essas regras, o legislador alemão não pôde visualizar que a jurisprudência, por meio de uma interpretação extensiva do conceito de nexo causal, ampliaria a responsabilidade civil delitual para casos em que um terceiro é afetado em sua saúde em consequência de intervenções psíquicas por ele sofridas através da lesão corporal ou da morte da primeira vítima. Destarte, a solução criada pela jurisprudência deveria ser acompanhada de uma correspondente incidência do § 846, previsto, originalmente, apenas para as hipóteses de prejuízo indireto dos §§ 844 e 845.

A justificativa do Tribunal do *Reich* é elogiada por alguns autores. A analogia com o § 846 do BGB seria correta, pois, para Fischer, a responsabilidade por choque nervoso no direito alemão exerce a função de uma espécie de substitutivo da indenização por dano moral para familiares próximos. Partindo dessa perspectiva, a pretensão indenizatória por choque nervoso não seria efetivamente autônoma, derivando, em verdade, da lesão sofrida pelo parente falecido (2016, p. 198-199).

No entanto, o entendimento atual da jurisprudência alemã é outro. O BGH enfrentou o tema no julgado BGHZ 56, 153, no ano de 1971, decidindo pela oponibilidade, mas com outro fundamento.

Tratava-se, novamente, de acidente de trânsito. A autora da ação sofreu um choque nervoso ao receber a notícia da morte de seu marido, o qual, todavia, teria contribuído culposamente como o resultado lesivo.

O BGH não aceitou a justificação do Tribunal do *Reich* com base no §846 do BGB, pois as situações previstas nos §§ 844 e 845 seriam essencialmente diferentes da casuística dos choques nervosos, na medida em que, aqui, o terceiro sofre uma lesão em sua própria saúde, tratando-se, pois, de um lesado direto (*unmittelbar*), com pretensão resultante de violação de seu próprio direito.

Para justificar a oponibilidade da culpa o BGH recorreu-se ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no § 242 do BGB. Este dispositivo justificaria uma correspondente aplicação do § 254 a partir do princípio geral da boa-fé objetiva, previsto no § 242 do BGB, pois, se a estreita relação pessoal da autora com o seu marido foi a razão decisiva para a ocorrência do dano à saúde daquela, então seria justo que a sua pretensão indenizatória seja afetada pela culpa dele próprio.[21]

---

[21] Ainda quanto à fundamentação do julgado BGHZ 56, 153, é preciso destacar um interessante argumento da corte, que repercutiu na jurisprudência internacional.

Embora continue sendo aplicado na jurisprudência, esse entendimento não é pacífico na doutrina alemã (FISCHER, 2016, p. 195). Há, inclusive, quem defenda inoponibilidade da culpa em relação aos prejuízos patrimoniais (DEUBNER, 1971, p. 198-199). Em linhas gerais, afirma-se que a pretensão da vítima 'indireta' seria autônoma em relação à da vítima 'direta', afastando a possibilidade de aplicação analógica do § 846 e a incidência do § 245, que pressupõe culpa da própria vítima.

4. Perspectivas de reforma

O isolamento do direito alemão no âmbito europeu ensejou e enseja discussões sobre uma possível alteração do BGB para se incluir uma pretensão por danos morais em favor dos familiares da vítima direta. Dentre outros aspectos, leva-se em consideração o intenso trânsito de pessoas entre os países-membros da União Europeia, havendo a possibilidade, no caso de acidente de trânsito, de a vítima ajuizar demanda em seu próprio domicílio em face da seguradora do lesante e, logo, de uma corte aplicar direito estrangeiro (DIEDERICHSEN, 2011, p. 124). Assim, um francês, vítima de acidente na Alemanha, poderia demandar a seguradora em seu país, mas a aplicação do direito alemão lhe seria prejudicial em comparação ao francês.

Para justificar a oponibilidade da culpa concorrente, o tribunal afirmou que, se a morte do marido fosse imputada exclusivamente a ele, a autora não poderia exigir indenização dos herdeiros daquele. Para o BGH, o ordenamento jurídico não impõe à própria vítima um dever de se proteger, objetivando ele, com essa regra, evitar que os parentes daquela sofram uma lesão psíquica ao tomarem conhecimento do falecimento. Nas palavras do Tribunal Federal alemão, "através do reconhecimento de um tal dever jurídico a autodeterminação pessoal seria restringida de uma forma incompatível com o ordenamento jurídico" ("durch die Anerkennung einer solchen Rechtspflicht würde die persönliche Selbstbestimmung in einer der Rechtsordnung fremden Weise eingeschränkt"). Embora esse argumento tenha sido criticado por alguns autores alemães (cf. STOLL, 2010, p. 887-889; SCHMIDT, 1971, p. 540), ele foi invocado no caso inglês *Greatorex v Greatorex* (dec. de 5/5/2000, H.C., [2000] W.L.R., 1970). Sobre o caso cf. FISCHER, 2016, p. 200-201. Um bombeiro foi ao local de um acidente de trânsito presta socorro à vítima. O acidente havia sido provocado pelo próprio lesado, o qual dirigia alcoolizado. Ao perceber que a vítima, gravemente ferida, era o seu próprio filho, o bombeiro sofreu um severo distúrbio de estresse pós-traumático. Ele ajuizou demanda contra o seu filho e a *motor insurers bureau*, instituição que pode ser responsabilizada nos casos em que o veículo acidentado não se encontra assegurado, como no caso concreto. Todavia, o seu pedido foi rejeitado. Observe-se, por fim, que o objetivo do autor não era necessariamente responsabilizar o filho, mas conseguir uma indenização da referida instituição.

Nesse contexto, os partidos alemães da coalização para a 18ª legislatura comprometeram-se, no acordo de coalização de 2013, a introduzir uma pretensão indenizatória por danos morais em favor dos familiares na hipótese de falecimento da vítima direta.[22] O Ministério da Justiça e para Proteção do Consumidor da Baviera já havia apresentado um projeto de lei nesse mesmo sentido em 2012, mas em 2015 apresentou um outro, o qual tem sido objeto de discussões na doutrina alemã.[23] Pelo atual projeto, introduz-se um novo parágrafo ao BGB:

> § 844ª. Pretensão indenizatória de familiares próximos em razão de danos imateriais no caso de homicídio. (1) No caso de homicídio culposo ou doloso o responsável deve pagar uma justa indenização (*billige Entschädigung*) aos familiares próximos do falecido que tenham sofrido um dano em consequência do homicídio que não seja de natureza patrimonial. (2) Familiares próximos no sentido da alínea 1 são
>
> 1. o cônjuge, desde não se trate de um caso do § 1933, frase 1 ou frase 2,
>
> 2. o companheiro no sentido do § 1, alínea 1, da lei sobre a união estável registrada, desde que não se trate de um caso do § 10, alínea 3, frase 1, dessa lei,
>
> 3. os pais, e
>
> 4. os filhos.[24]

---

[22] Documento disponível em: <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf>. Acesso em 10/11/2018. Cf. especificamente a p. 102 do acordo.

[23] Para o projeto cf. *Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Rechtsstellung der Angehörigen von Unfallopfern und zur Änderung des § 1374 Absatz 2 BGB S. 3. Disponível em: <https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/gesetzentwurf_angehoerigenschmerzensgeld.pdf>. Acesso em 10/11/2018. Sobre o projeto cf. FISCHER, 2016, p. 1158 e ss.

[24] § 844a. Ersatzansprüche nächster Angehöriger wegen immaterieller Schäden bei Tötung. (1) Im Falle der vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötung hat der Ersatzplichtige nächsten Angehörigen des Getöteten, denen infolge der Tötung ein Schaden entstanden ist, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld zu leisten. (2) Nächste Angehörige im Sinne des Absatz 1 sind 1. der Ehegatte, sofern nicht ein Fall des § 1933 Satz 1 oder Satz 2 vorliegt, 2. der Lebenspartner im Sinne des § 1 Absatz 1 des Gesetzes über die eingetragene Lebenspartnerschaft, sofern nicht ein Fall des § 10 Absatz 3 Satz 1 dieses Gesetzes vorliegt, 3. die Eltern und, 4. die Kinder

A indenização prevista limita-se, portanto, aos casos de responsabilidade por ato ilícito, não alcançando as hipóteses de responsabilidade pelo risco. Além disso, há indenização somente para o caso de homicídio. Não se repara o prejuízo extrapatrimonial indireto quando a vítima direta não falece, ainda que se trate de lesão corporal grave.

O projeto estabelece uma clara delimitação das pessoas legitimadas. Ao contrário da jurisprudência alemã sobre choque nervoso, que é menos estrita nesse ponto, o projeto socorre-se do critério do núcleo familiar, excluindo os noivos, os irmãos, os companheiros quando não se trata de união registrada etc.

O projeto de lei não fixa um valor para a indenização por danos morais, ao contrário, por exemplo, do que ocorre na legislação inglesa. Emprega-se simplesmente uma expressão corrente na legislação germânica: uma "indenização justa" em dinheiro (*eine billige Entschädigung in Geld*).

Finalmente, o projeto de lei opta pela oponibilidade da culpa concorrente da vítima direta em relação à vítima indireta, por meio de uma alteração formal do § 846 do BGB, que trata da "culpa concorrente do lesado".[25]

5. Considerações finais

O Código Civil alemão optou por uma solução restritiva quanto aos prejuízos reflexos ou por ricochete. Na hipótese de homicídio, somente há indenização dos prejuízos patrimoniais taxativamente indicados nos §§ 844 e 845 do BGB, não existindo, além disso, uma previsão legal de indenização por dano moral para familiares (*Angehörigenschmerzensgeld*).

Nesse contexto, a jurisprudência tedesca somente concede indenização ao próximo no caso de "choque nervoso" (*Schockschaden*), o que pressupõe uma lesão à saúde psíquica. De acordo com a jurisprudência alemã, não se trata, propriamente, de um prejuízo reflexo, pois existiria, nessas hipóteses, um vínculo causal direto, de natureza psíquica, entre a conduta do réu e a lesão à saúde do terceiro.

Todavia, não há uma delimitação totalmente clara dessa casuística em relação ao prejuízo reflexo de natureza patrimonial sofrido pelos

---

[25] Na redação atual, o dispositivo determina que, "se nos casos dos §§ 844, 845 o lesado concorreu culposamente para o surgimento do dano, aplica-se, então, à pretensão do terceiro o disposto no § 254", parágrafo que prevê o critério da culpa concorrente. Pela redação do projeto de lei, a referência passa a ser aos "§§ 844 a 845", para abranger o § 845a acima transcrito.

familiares próximos. Com efeito, o critério da "específica lesão à saúde segundo a concepção social" (*besondere Gesundheitsverletzung nach der Verkehrsauffassung*) dificulta a compreensão da solução adotada no direito civil alemão, sendo, portanto, criticada por parte considerável da doutrina.

Além do "limite de gravidade" da lesão, as cortes alemãs adotam outros critérios limitativos da responsabilidade por choque nervoso. Assim como no direito civil brasileiro, a existência de um vínculo pessoal entre as vítimas, normalmente de natureza familiar, desempenha um papel fundamental na delimitação dos legitimados à pretensão indenizatória, salvo quando se cuida de uma vítima diretamente envolvida no acidente.

Ainda quanto a esses critérios, verifica-se nos julgados alemães uma especial atenção quanto às circunstâncias do evento lesivo, o qual deve configurar um motivo ou uma razão "compreensível" (*verständlich*) para a reação psíquica da vítima. Nesse contexto, as cortes germânicas, embora flexíveis quanto aos fatores da proximidade temporal e da espacial, somente concedem indenização se a vítima 'direta' houver falecido ou sofrido uma lesão corporal grave.

Por fim, a culpa concorrente da vítima 'direta' é oponível à 'indireta', solução pacífica na jurisprudência e acolhida pela maioria da doutrina, não obstante dúvidas quanto à sua fundamentação dogmática.

Em relação ao direito brasileiro, o principal ponto diferenciativo reside, como observado, na exigência de uma lesão à saúde psíquica da pessoa acometida pelo choque nervoso, o que deve ser comprovado medicinalmente. De qualquer forma, a sistematização dos problemas quanto à limitação da responsabilidade por choque nervoso no direito alemão pode servir como um referencial inicial para uma investigação criteriosa na jurisprudência brasileira. Não obstante pautadas em pressupostos distintos, ambos os ordenamentos enfrentam problemas semelhantes, sendo a comparação um importante instrumento auxiliar na compreensão do direito pátrio.

Referências

ADELMANN, Nina. Schmerzengeld wegen des Miterlebens der schweren Verletzung oder Tötung eines anderen im Straßenverkehr. *Versicherungsrecht*, n. 10, p. 499-455, 2009.

AZEVEDO, Fábio de Oliveira. Dano moral, transmissibilidade do direito à compensação e proteção post mortem – algumas reflexões sobre o REsp. 1.143.968/MG. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/dano-moral-transmissibilidade-

-do-direito-a-compensacao-e-protecao-post-mortem-algumas-reflexoes-sobre-o-resp-1-143-968mg/>. Acesso em 28/06/2017.

BICK, Udo. *Die Haftung für psychisch verursachte Körperverletzungen und Gesundheitsschäden im deutschen und anglo-amerikanische Deliktsrecht.* Tese (doutorado) – Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau, 1970.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito. Etado e Sociedade*, vol. 9. n. 29, p. 233-258, jul.-dez/2006.

______. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, vol. 107, n. 413, p. 361-378, jan.-jun/2011

DETHLOFF, Nina. *Familienrecht:* ein Studienbuch, 31 ed. Munique: C. H. Beck, 2015.

DEUTSCH, Erwin. *Allgemeines Haftungsrecht*, 2 ed. Colônia: Carl Heymann, 1996.

DEUBNER, Karl. Rechtsanwendung und Billigkeitsbekenntnis – BGH, NJW 1971, 1883. *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 12, p. 622-626, 1971.

DIEDERICHSEN, Angela. Angehörigenschmerzensgeld "Für und Wider". *Deutsches Autorecht (DAR)*, vol. 3, p. 122-124, 2011.

FISCHER, Michael. *Der Schockschaden im deutschen Recht und im Common Law:* eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, englischen, australischen und kanadischen Rechts. Belim: Duncker & Humblot, 2016.

______. Die Haftung für Schockschäden vor dem Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung eines Angehörigenschmerzensgeldes. *Versicherungsrecht*, vol. 18, p. 1155-1160, 2016.

FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric. *Les obligations:* le fait juridique. Paris: Dalloz, 2009. v. 2.

HELDERMANN, Guido. *Schadensersatz für Schockschäden Dritter im Vergleich des Deutschen Rechts gemäß § 823 I BGB zu Englischen bzw. Irischen Recht:* eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Möglichkeiten einer angemessenen und juristisch begründbaren Haftungsbegrenzung. Berlim: Verlag im Internet, 2004.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de. *Houaiss da língua portuguesa.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 456

JANSEN, Nils. §§ 249-253, 255: Schadensersatzrecht. In: ZIMMERMANN, Reinhard (Org.). *Historisich-kritischer Kommentar zum BGB:* Schuldrecht. Allgemeiner Teil, §§ 241-432. Tubinga: Mohr Siebeck, 2002. v. 2, t. 1, p. 517-654

KADNER GRAZIANO, Thomas. Tödliche Flussfahrt auf dem Mekong – Anknüpfung der Ansprüche von Angehörigen im europäischen Deliktskoordinationsrecht. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (IPRrax)*, p. 307-313, 2006.

______. Schmerzensgeld für Angehörige – Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigung oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden? *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEup)*, vol. 1, ano 4, p. 135-153, 1996.

KARNER, Ernst. Trauerschmerz und Schockschäden in der aktuellen Judikatur. *Zeitschrift für Verkehsrecht (ZVR)*, vol. 18, p. 44-48, 2008.

KODEK, Georg (Org.). *ABGB – Praxiskommentar:* §§ 1293-1502 ABGB, 4 ed. Viena: Lexis Nexis, 2016. v. 6.

KARCZEWSKI, Christoph. *Die Haftung für Schockschäden:* eine rechtsvergleichende Untersuchung. Francoforte: Peter Lang, 1992.

KRAMER, Ernst. Schockschäden mit Krankheitswert – noch offene Fragen?. In: APATHY, Peter *et. al.* (Orgs.). *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag.* Viena: Jan Sramek, 2010, p. 743-757.

LAMBERT-FAIVRE, Yyonne; PORCHY-SIMON, Stéphanie. *Droit du dommage corporel:* systems d'indenization, 6 ed. Paris: Dalloz, 2009.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts:* allgemeiner Teil, 14 ed. Munique: C. H. Beck, 1987. v. 1.

LIPP, Martin. Krankheitsbedingte Schadensdisposition und "psychisch vermittelter" Gesundheitsschaden – BGHZ 107, 359. *Juristische Schulung*, vol. 10, p. 809-813, 1991.

LÔBO, Paulo. *Direito civil:* famílias, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista dos Tribunais*, vol. 789, ano 90, p. 21-47, jul. 2001.

MEDICUS, Dieter; LORENZ, Stephen. *Schuldrecht I:* allgemeiner Teil, 19 ed. Munique: C. H. Beck, 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OETKER, Hartmut. §§ 249-255. In: KRÜGER, Wolfgang (Org.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:* Schuldrecht, Allgemeiner Tel, 7 ed. Munique: C. H. Beck, 2016. v. 2, p. 297-606.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Sistema de justiça, função social do contrato e indenização do dano reflexo ou por ricochete. *Revista Sequência*, vol. 32, n. 63, p. 353-375, dez. 2001.

______; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7, ano 3, p. 207-240, abr.-jun. 2016.

______. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REINIG, Guilherme Henrique Lima; SILVA, Rafael Peteffi da. Dano reflexo ou por ricochete e lesão à saúde psíquica: os casos de "choque nervoso" (Schockschaden) no direito civil alemão. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/dano--reflexo-ou-por-ricochete-e-lesao-a-saude/>. Acesso em 10/10/2018.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. A reparação do dano moral da morte. In: STOCO, Rui (Org.). *Questões diversas sobre o dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 195-205 (= *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 689, p. 100-105, mar. 1993).

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Rodrigues-e-Veras-civilistica.com--a.4.n.2.20151.pdf>. Acesso em: 25/03/2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*, São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHMIDT-KESSEL, Martin. *Schuldrecht:* allgemeiner Teil, 6 ed. Tubinga: Mohr Siebeck, 2005.

SCHMIDT, Eike. Schockschäden Dritter und adäquater Kausalität. *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, n. 7, p. 538-541, 1971.

SCHUBERT, Claudia. *Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2013.

SPICKHOFF, Andreas. Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht: Gründe und Grenzen. In: LORENZ, Egon (Org.). *Karlsruher Forum 2007:* Folgezurechnung im Schadensrecht, Gründe und Grenzen. Carlsrue, 2007, p. 7-87.

STOLL, Hans. Selbstbestimmung und haftungsrechtliche Verantwortung des Suizidenten. In: APATHY, Peter. *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*. Viena: Jan Sramek, 2010, p. 887-903.

WAGNER, Gerhard. Angehörigenschmerzensgeld. In: BRUNS, Alexander *et al.* (Orgs.). *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*. Tubinga: Mohr Siebeck, 2013. v. 1, p. 231-253.

______. Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, vol. 1, ano 8, p. 200-228, 2000.

______. §§ 823-838. In: HABERSACK, Mathias (Org.). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:* Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 6 ed. Munique: C. H. Beck, 2013. v. 5, p. 1761-2524.

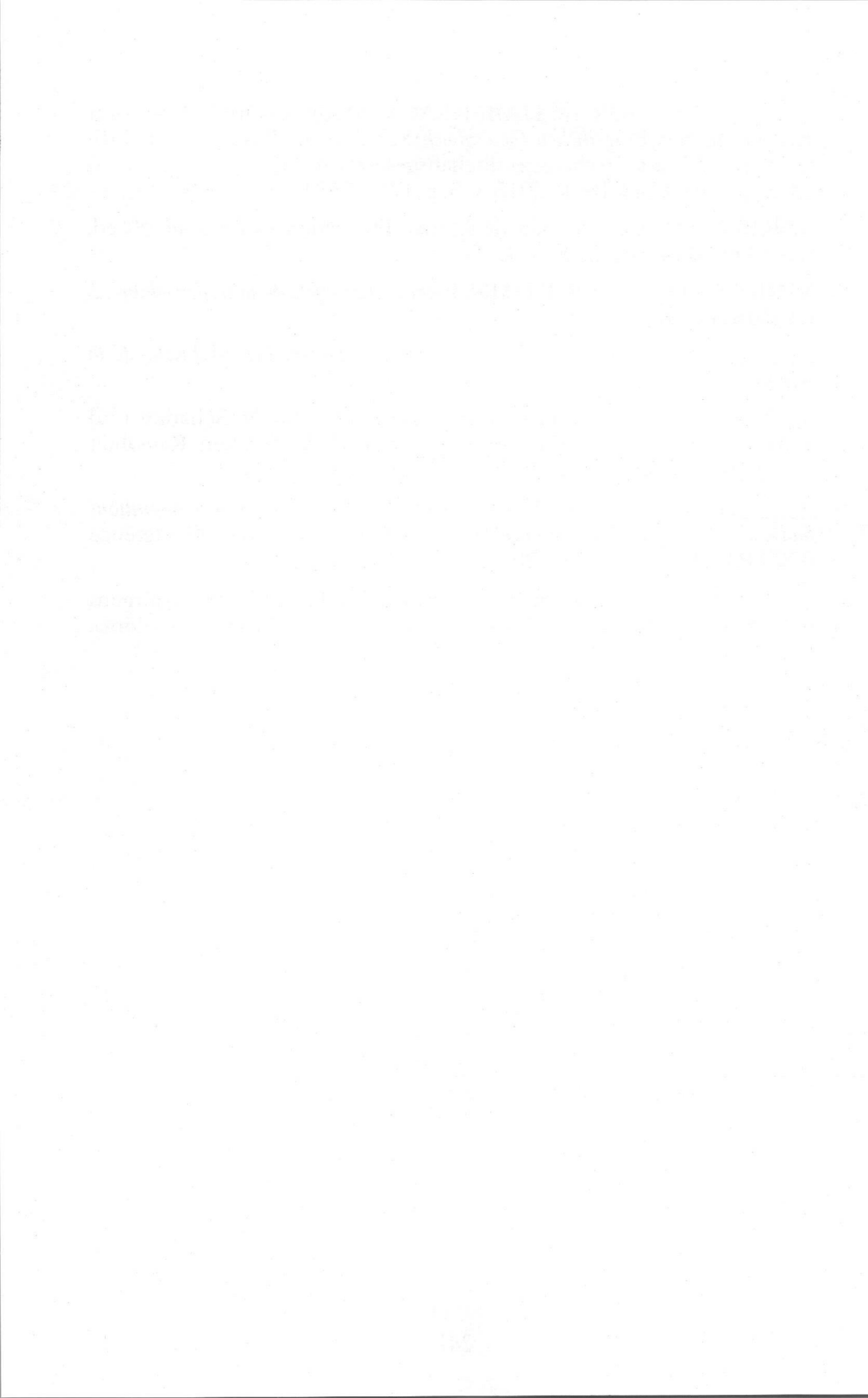
VARELA ANTUNES, João de Matos. *Das obrigações em geral*, 10 ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les effets de la responsabilité*, 3 ed. Paris: LGDJ, 2011.

______; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Les conditions de la responsabilité*, 4 ed. Paris: LGDJ, 2013.

VON BAR, Christian. *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*: Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe. Munique: C. H. Beck, 1999. v. 2.

______; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE (Orgs.) *Principles, definitions and model rules of European private law*: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, 2009.

______; Schmerzensgeld in Europa, p. 43. In: AHRENS, Hans-Jürgens *et. al* (Orgs.). *Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag*. Colônia: Carl Heymann, 1999, p. 27-43.

Dano afetivo:
diretrizes de delimitação do dano indenizável

Dóris Ghilardi[1]

1. Noções gerais

A aplicabilidade da responsabilidade civil ao Direito de Família já foi objeto de muita discussão, predominando em alguns países, ao longo de muito tempo, uma regra moral proibitiva de incidência que impedia litígios com a pretensão indenizatória no âmbito familiar na tentativa de preservação dos laços entre seus membros. (GUITIÁN, 2009, p. 33)

Nos Estados Unidos, vários estados adotaram por longos anos a *parental immunity doctrine* - doutrina da imunidade parental - que proibia processos entre pais e filhos como uma espécie de política pública com objetivo de manutenção da tranquilidade familiar e social.

A forte resistência encontrada justificava-se tanto em razão da busca pela não desestabilização dos laços familiares, permeados de sentimentos que, se feridos, tenderiam facilmente à conversão em atos de vingança, como, também, para evitar a banalização de demandas injustificadas.

Quanto ao último aspecto é importante a reflexão de que apesar do Direito de Família ser uma área sensível e lidar com vínculos erótico-afetivos e também parentais, envolvidas em uma teia de amor, respeito e solidariedade, não se pode fechar os olhos para os aspectos negativos e, ao fato de que, durante séculos, a família foi palco de agressões invisíveis, de desrespeito, de violência simbólica, mas também real.

---

[1] Professora Doutora da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (graduação e mestrado). Professora de cursos de pós graduação *lato sensu*. Pesquisadora. Advogada. Autora de livros e artigos. Coordenadora Científica do IBDFAM-SC.E-mail: <dorisghilardi@gmail.com>.

Portanto, se há perigo de demandas triviais, também não é crível deixar desabrigadas aquelas que visam tutelar a reparação de danos concretos, sob pena até mesmo de albergar a violência.

No passado, as famílias estruturadas dentro de uma visão hierárquica e patriarcal, tinham no casamento a única forma de constituir família e a imposição de deveres, especificamente de fidelidade, segundo a moral cristã, prevalecia e protegia o modelo estabelecido.

Na contemporaneidade, as mudanças de compreensão do Direito de Família que passaram a ser muito mais abertas, igualitárias, plurais e condizentes com a tutela da dignidade da pessoa humana, em detrimento da instituição em si, contribuíram para a interlocução entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil, admitindo o diálogo entre as duas áreas, e aceitando a indenização dentro de certos limites e possibilidades, (MATOS; OLIVEIRA, 2015, p. 3) que serão avaliadas no decorrer do texto.

Sob o ângulo da Responsabilidade Civil, também se pode dizer que em decorrência do dinamismo social revelador de novos bens patrimoniais e extrapatrimoniais tuteláveis, discussões sobre a viabilidade de reparação de lesões perpetradas, culminaram por provocar, inexoravelmente, a ampliação do conceito de dano indenizável. (PETEFFI DA SILVA, 2015, p. 379)

Essa ampliação se, por um lado, autoriza a incidência das regras da Responsabilidade Civil a um número maior de situações, por outro, implica na difícil tarefa da delimitação do dano ressarcível. Nesse contexto, de certo modo superado o entendimento de não ser possível a aplicação do Direito de Danos ao Direito de Família, o grande questionamento que surge é como delimitar o dano passível de ser indenizado.

Esses questionamentos decorrem não só em razão da extensão das regras da Responsabilidade Civil a outras áreas do Direito, inclusive ao Direito de Família, mas também diante do fato de que a própria estruturação do sistema de Responsabilidade Civil segue uma cláusula geral aberta, prevendo apenas o dever de não lesar (art. 186/187 e 927 do CC), sem definir explicitamente quais prejuízos merecem reparação.

Por ser um lugar natural de intimidade e troca de afetos, a família traz íncita uma maior probabilidade lesiva em seu contexto, sendo terreno fértil para a prática de comportamentos ilícitos, contemplando pelo menos duas correntes doutrinárias diversas, no que tange à possibilidade de reparação civil, aptas a responder quando a conduta ou comportamento negativo no seio familiar constituem dano juridicamente tuteláveis.

Uma das correntes de entendimento defende a possibilidade de aplicação ampla da responsabilidade civil, cabendo indenização tanto em casos gerais de ilicitude, como também em casos restritos, decorrentes de violação de deveres específicos do Direito de Família, defendida, por exemplo, por Regina Beatriz Tavares da Silva (1999, p. 153-175). Para essa corrente a moldura do dano ressarcível é bem elástica, abrangendo tanto os atos de violência perpetrada no âmbito doméstico, até o simples descumprimento de um dever conjugal.

Já para a corrente mais restritiva, o dano indenizável só encontra respaldo diante de condutas caracterizadoras de atos ilícitos genéricos, contemplando apenas situações de maior gravidade. Dentre os seus defensores encontram-se Gustavo Tepedino (1999, p. 367-388).

Nos estreitos limites desse trabalho, buscar-se-á lançar bases para um discurso mais racional, que não se fixe em argumentos de mera retórica para justificar um ou outro ponto de vista, mas estabelecer elementos concretos que direcionem a investigação para a análise de (des)cabimento e delimitação do dano afetivo ressarcível.

Antes, porém, é necessário esclarecer de que a doutrina em geral tem criticado a divisão dos danos indenizáveis, que se desdobram apenas em dano material e moral (e/ou estético), segundo o argumento de que novos danos são passíveis de indenização e não se enquadram nessa classificação. Sustentam uma superação da clássica divisão para considerar o dano de modo mais abrangente, como seria o caso do dano existencial, relacional ou até mesmo do dano afetivo.

Para fins deste trabalho, contudo, essa discussão não será enfrentada, tratando-se a questão do dano afetivo dentro apenas dessa última categoria, ou seja, o dano afetivo moral. Com efeito, antes ainda de dar início a abordagem específica, é preciso traçar algumas linhas sobre o conceito de dano moral.

Para muitos, em razão da identificação do dano moral com todo o tipo de sofrimento humano, o dano moral é confundido com os efeitos psicológicos como a dor, a vergonha, a tristeza e a humilhação. Contudo, tais efeitos ou estados anímicos são meras consequências do dano moral e, portanto, elementos insuficientes para a sua caracterização.

Não se pode olvidar de que a vida social produz enormes e cada vez mais constantes contratempos, incômodos e frustrações e, nem por isso, autorizado está demandar em todas as situações em que isso ocorrer, ou em face de todos aqueles a quem for possível atribuir tal responsabilidade.

Com a adoção do conceito de dano moral restrito ao sofrimento é praticamente impossível delimitar corretamente as hipóteses de dano

ressarcível, como bem pontuam os autores espanhois Miquel Martín-Casal y Jordi Ribot (2011, p.540).

Atenta a essa confusão e buscando redimensionar o conceito de dano moral, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 433) pontua que esse tipo de dano "configura-se como a violação à integridade física e psíquica, à liberdade, à igualdade ou à solidariedade social e familiar de uma pessoa humana", ou seja, o dano moral configura-se em razão da violação dos direitos personalíssimos. É dentro dessa ideia que o dano moral será aqui tratado.

2. Dano moral afetivo decorrente das relações conjugais

Neste tópico será abordado o dano moral afetivo decorrente das relações conjugais, buscando delimitar se nesse caso o dano pode ou não ser tutelado, avaliados, para tanto, os diferentes posicionamentos e argumentos doutrinários e jurisprudenciais. O tópico será subdividido entre a análise da ruptura imotivada das relações, separadas em dois grupos, ruptura de noivado e ruptura de casamento ou união estável, e a ruptura em decorrência da quebra dos deveres conjugais, mais especificamente, do dever de fidelidade/lealdade (casamento ou união estável).

2.1. Ruptura imotivada das relações amorosas

Conforme já sabido, não há no direito brasileiro uma norma específica a regular o tema, diferente de outros países, como é o caso da Alemanha que, por exemplo, trouxe regra expressa para a ruptura de noivado em seu Código (BGB – parágrafos 1.297 a 1.302), permitindo ao pretendente requer indenização em caso de descumprimento da promessa sem justo motivo. (USTARRÓZ, 2015, p. 115)

Isso faz com que as opiniões se dividam, assim como as decisões judiciais tenham distintas respostas, sendo ainda mais importante a tentativa de se tentar delimitar o cabimento ou não da reparação nessas situações.

Seguindo a corrente que admite a possibilidade ampla de indenização, haverá dever de indenizar diante da simples ruptura das relações amorosas. Essa corrente normalmente está atrelada ao conceito de dano moral que se vincula ao sofrimento e a dor, para quem, a quebra de um projeto de vida em comum ou a quebra do afeto, por si só, é apta a gerar o dever de indenizar.

Destarte, acredita-se ser muito frágil posicionar-se de tal maneira, pois o afeto, o carinho, o amor e a paixão são sentimentos e sentimentos não podem ser impostos, não podem ser cobrados, pois isso violaria a sua natureza jurídica.

É da essência humana amar e deixar de amar, não se pode e nem se deve aprisionar os sentimentos. O Direito já há algum tempo se imiscuiu na esfera dos sentimentos e trouxe para dentro de seu campo jurídico valores importantes, como é o caso do afeto, por muitos elevado ao plano de princípio jurídico.

Com o devido respeito a quem entende de forma distinta, sempre discordei desse tratamento, exatamente por compreender que na essência do afeto está a espontaneidade, a qual se choca com a coercibilidade, uma das principais características das normas jurídicas e, portanto, dos princípios.

Afeto é valor importante, mas que deve ser tratado somente no campo da axiologia, no campo do que é bom ou ruim, e não no campo deontológico, do exigível.

A dor e o sofrimento fazem parte das relações humanas e o fato de um dos sujeitos do par romântico deixar de gostar do outro está implícito no pacto relacional. Além disso, tanto a constituição de uma relação como a decisão de seu término integram o direito de personalidade de cada um, que abrange o direito de autodeterminação e o livre exercício de escolha.

Para além desses argumentos e, diante de uma análise mais formal do tema, há quem diga que se pode transferir para o Direito de Família as regras do Direito Obrigacional, que prevê o cabimento de perdas e danos em caso de inadimplemento contratual[2].

Essa teoria, no estudo da ruptura de uma relação de noivado, por exemplo, não tem aplicabilidade, isso porque, o noivado não pode ser tratado como um contrato, já que não passa de um mero compromisso moral ou social, nunca jurídico, eis que em momento algum o Código Civil brasileiro regulamentou os esponsais. Destarte, não se pode invocar a quebra de contrato e pretender a resolução em perdas e danos.

O que também não faz muita diferença para quem entende que a aplicação da responsabilidade civil ao Direito de Família se dá dentro da esfera da extracontratualidade. Seguindo nessa linha, é preciso verificar se há de fato ilicitude que caracterize o dano indenizável.

---

[2] Nesse sentido o julgado do TJRS, AC 70027032440, 5 CC, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 21.01.2009. O julgado trata de promessa de casamento, que deve ser analisada na fase preliminar dos contratos.

Extrai-se dos argumentos favoráveis à tese de indenizabilidade, a infringência do princípio da boa-fé, diante da quebra do dever de confiança alimentado pelo parceiro, ferindo as legítimas expectativas de que o casamento sobreviria.

Ora, o dever de confiança nas relações amorosas não pode ter o mesmo tratamento do dever de confiança estabelecido em outros tipos de relações, como as empresariais ou meramente contratuais. "Dois amantes não podem ser equiparados a estranhos devedores e credores", pontua Daniél Ustarróz (2015, p. 118).

Nas relações em que o afeto se faz presente, tutela-se tanto o querer estar junto, como a ruptura, sendo esse inclusive, um direito potestativo assegurado, inexistindo obrigação legal de submeter alguém ao ato de formalização do casamento.

Esse ponto de vista não raras vezes confunde o conceito de dano moral com o sofrimento, o que conduz mais facilmente à reparação do suposto dano, como se fosse possível atribuir a apenas uma das partes todas as mazelas do término de uma relação.

Continuando a rebater esse ponto de vista, ainda que se utilize a ponderação de interesses, entre a liberdade de estar só ou de não continuar em uma relação e o direito de integridade da pessoa abandonada, deve prevalecer a primeira, exatamente em razão da reformulação de entendimento da família jurídica brasileira, que privilegia a autonomia e a liberdade dos membros da relação.

Aliás, "poucos atos são reputados pelo ordenamento nacional como tão livres, tão dependentes, exclusivamente da vontade de ambas e de cada uma das partes, como o casamento". (MORAES, 2015, p. 812).

Em análise aos precedentes jurisprudenciais – mais especificamente nos Tribunais de Justiça Catarinense, Gaúcho e Paulista, nos últimos dois anos – foi possível denotar que a maioria exige a configuração de situação excepcional, sob pena de não acolhimento do pedido.

Argumentos como relações de longa duração, desistência poucos dias antes do casamento ou até mesmo traição - entendido como não aplicável o dever de fidelidade ao namoro ou noivado -, não são considerados como afronta aos direitos de personalidade[3].

Diante de todo o exposto, pode-se concluir de que o simples rompimento de um noivado não passa de um ato lícito, que não faz incidir

[3] TJSP. AC 1019841-73.2014.8.26.0001. 31 Câmara Extraordinária de Direito Privado. Rel. Rosangela Telles. j. 29/09/2018. Nessa linha segue a maioria dos julgados pesquisados nos anos de 2018 e 2017 no mesmo Tribunal.

a responsabilidade civil, ressalvadas as situações em que as circunstâncias fáticas apresentem fatores graves que fujam à normalidade.

Quanto ao casamento e a união estável, não aceitar o rompimento segundo uma antiga jura de amor "até que a morte nos separe", de fundo religioso e adotada pela legislação revogada, não encontra mais respaldo na conjuntura atual do Direito de Família que, inclusive, facilitou bastante a ruptura dos relacionamentos.

Nada mais há que obrigue um cônjuge ou companheiro a manter uma relação casamentária ou de união estável, desautorizados quaisquer argumentos contrários que encontravam fundamentos no passado.

Quanto à ponderação de aplicabilidade das regras obrigacionais às relações conjugais, em que pese a natureza jurídica contratual do casamento, mais uma vez não se pode deixar de lado as especificidades que o contemplam.

Casamento é contrato, mas é um contrato *sui generis*, transformado após o fenômeno da constitucionalização, em *locus* por excelência de repersonalização das relações e, como tal, privilegia tanto os projetos conjuntos do casal como autonomia de cada um de seus integrantes.

E, por isso mesmo, o casamento e a união estável devem ser tratados de forma distinta das relações de natureza exclusivamente patrimoniais. Enquanto essas são identificadas pela exigência de declaração de vontade, correspectividade e confiança, cabendo a aplicabilidade da resolução em perdas e danos, em caso de inadimplemento culposo, os contratos de autonomia existencial, são marcados pela declaração qualificada de vontade, pela espontaneidade e pela ausência de correspectividade, sendo assegurada a ruptura pela única e exclusiva vontade de um de seus integrantes (OTERO, 2015, p. 274/275)

Descabido, portanto, falar em execução forçada dos contratos, cujo conteúdo trate de situação existencial, não ensejando responsabilidade civil, a ruptura de qualquer tipo de relação em qualquer de suas fases.

Isso porque, conforme explica Marcelo Truzzi Otero (2015, p. 275), com base nas lições de Rose Meireles, o que leva alguém a contrair uma relação existencial é o seu próprio bem-estar, é a busca de seu desenvolvimento pessoal, razão pela qual não se pode falar em correspectividade, pois a vinculação de uma pessoa a outra se dá com base nesse objetivo pessoal e não em razão de um nexo causal com uma contraprestação, sendo cabível a qualquer momento o ato de retratação.

Não é mais concebível obrigar alguém a se manter vinculado a outrem contra a sua vontade. A liberdade de quem não mais deseja

a união conjugal, não pode ser restringida como forma de assegurar ao outro a manutenção de seu bem-estar, a não ser quando estiverem presentes atos de abusividade.

É exatamente esse o critério aqui defendido, de que caberia indenização diante de uma situação gravosa, decorrente da prática de uma conduta que extrapole os limites autorizados por lei, como quando, por exemplo, o rompimento se dá mediante atos de agressões ou violência contra o outro, humilhando e inferiorizando o ex cônjuge ou companheiro.

Nesse contexto, possível moldura autorizadora de indenização decorrente de dano afetivo por ruptura de relação amorosa, independente do tipo, se enquadra no dever genérico de não lesar, ou seja requer a demonstração dos requisitos da responsabilidade civil, como a ilicitude do ato, o dano e o nexo causal.

Por supedâneo, o suporte fático autorizador e delimitador de dano indenizável não é preenchido com o mero rompimento das relações, exigindo a caracterização de ilícito grave, violador de direitos fundamentais (FARIAS, 2008, p. 21).

2.2. Dano afetivo decorrente de ruptura por quebra do dever conjugal (casamento ou união estável)

O artigo 1.566 do Código Civil elenca vários deveres entre os cônjuges, a saber: fidelidade recíproca (inc. I); vida em comum (inc. II); mútua assistência (III); sustento, guarda e educação dos filhos (IV); bem como respeito e consideração mútuos (V).

Já o artigo 1.724 do CC apresenta os deveres atrelados à união estável, abrangendo as mesmas imposições, com exceção da fidelidade, substituída pelo dever de lealdade.

Tais deveres originaram-se no passado, em decorrência de verdadeira intromissão do Estado na vida familiar, a partir de uma concepção burguesa-liberal, que se sustentava em um projeto de transmissão do patrimônio de forma segura entre os familiares, o que estava em total consonância com os ideais da Igreja.

Tanto que, num primeiro momento o casamento foi previsto como sendo a única forma permitida de constituir família, além de ser considerado indissolúvel para, somente mais tarde, aceitar a ruptura por meio do divórcio, processo demorado e que exigia a comprovação da culpa - no caso do divórcio-sanção -, não apenas para o rompimento

do vínculo matrimonial, como também com a previsão de severas consequências para a infringência das imposições legais, geralmente aplicáveis às mulheres, que perdiam vários direitos como o direito de guarda de seus filhos, o direito à manutenção do sobrenome do marido, o direito aos alimentos e/ou herança.

Em análise aos deveres elencados denota-se que, exceto, os que dizem respeito aos filhos, que retratam conteúdo de ordem pública, os demais possuem nítido caráter privado. O dever de fidelidade, por exemplo, que é o que desperta maiores controvérsias, sofre uma série de críticas.

Como bem pontua Luis Edson Fachin (2012, p. 163), exigir o dever de fidelidade transforma o casamento ou a união estável em um instrumento coercitivo e de repressão sexual. "A fidelidade formal se verteu na lealdade substancial. [...] E, ademais, a lealdade a um projeto de vida não faz morada na fria previsão normativa, mas sim no desejo e vontade daqueles que protagonizam tal projeto, e que nele buscam construir as suas vidas" .

Nessa linha de raciocínio, é preciso compreender que a monogamia como pilar familiar moralmente aceita é uma construção realizada a partir do exercício de controle da sexualidade – especialmente da mulher em razão do tabu da virgindade e da punição de seu adultério – e, ainda, pela regra de presunção de paternidade dos filhos em relação ao marido – para que, ante a inexistência do exame de DNA, não fossem suscitadas dúvidas da filiação (SILVA, 2010).

Evidente, portanto, que a família monogâmica foi construída a partir de valores morais que não espelham a democracia pluralista, apresentando-se como um conceito restritivo e discriminatório, a partir de uma tentativa do Estado de controlar as condutas dos indivíduos no campo afetivo. E, tal controle, tem sido realizado, sem que haja reflexão sobre o livre arbítrio dos sujeitos na escolha de uma relação afetiva diferente daquela estatuída como um modelo ideal.

Pois bem. Vamos ao enfrentamento do questionamento acerca do limite do dano afetivo, em decorrência da quebra do dever de fidelidade dos cônjuges ou companheiros.

Na Alemanha, entendimento de grande parte dos estudiosos vai no sentido de rejeitar o dever de reparação no caso de infidelidade, eis que as soluções previstas pelo próprio Direito de Família são consideradas satisfatórias para o deslinde da questão. Na Itália, parece preponderar o posicionamento de que não basta violar o dever de fidelidade para caber indenização, mas sim a constatação de lesão a direito constitu-

cionalmente protegido. Já em França grande parte da doutrina sustenta o dever de indenizar pela simples infringência do dever fidelidade. (PRATS, 2012, p. 18 a 23)

No Brasil, em nível doutrinário, duas correntes pelo menos podem ser apontadas. Uma delas no sentido de que basta a quebra dos deveres conjugais, no caso a infidelidade de um dos cônjuges ou companheiros, para que caiba ao inocente o recebimento de indenização por dano moral, nos moldes do Direito Francês.

Em linha oposta, entendimento predominante exige não só a quebra do dever previsto em lei, mas a demonstração de conduta grave, abusiva, com a comprovação efetiva de lesão, tal qual defendido na Itália.

Para a corrente minoritária, considera-se como ilícita a conduta do cônjuge ou companheiro que descumpre com os deveres legais, impostos pelo casamento ou união estável, diante de expressa previsão legal.

Sobre o tema, valiosas são as lições dos autores espanhois Miquel Martíns-Casals e Jordi Ribot (2011, p. 541) que apesar de falarem sobre o sistema jurídico espanhol, pode muito bem ser transportado para cá. Segundo os autores, os deveres conjugais constituem obrigações personalíssimas não coercitíveis, tanto que o divórcio é o remédio previsto pelo próprio Direito de Família, para o caso de um dos cônjuges deixar de observá-los, e ser razão para desejar romper a relação, sem que isso seja considerado arbitrário.

Entendem que a função atual de previsão dos deveres conjugais é meramente simbólica, diante da troca do modelo de divórcio-sanção, prevista no passado, para a adoção do divórcio-remédio, extremamente facilitado, o que não autorizaria a abertura para outras consequências, que não as adotadas pela política jurídica refletida nas normas de Direito de Família.

Ora, se no passado o comportamento culposo de uma das partes trazia consequências, essa possibilidade foi deixada pra trás, razão pela qual não se tem mais como concordar de que a mera inobservância do dever de fidelidade possa, na contemporaneidade, gerar dever de indenizar.

Uma leitura funcionalizada do Direito de Família e atenta às mudanças sofridas por esse sensível ramo, com advento da Constituição Federal de 1988, que deixou de lado a estrutura hierarquizada e patriarcal, para substitui-la por uma família democrática, igualitária e sustentada no afeto, não mais permite essa conclusão.

O divórcio a partir da Emenda Constitucional 66/2010 passou a ser considerado como um direito potestativo, bastando que uma das partes o queira. A esfera privada alçada a espaço de proteção, deixou de sofrer

intervenção excessiva do Estado, assegurando que as razões da dissolução do casamento sejam um assunto interno dos cônjuges.

Ademais, importa anotar de que de instituição a serviço dos interesses do Estado, a família passou por um nítido processo de privatização relacional, chamada por Luis Edson Fachin (1996, pp. 144-145) de "desistitucionalização da família". Nesse viés, não mais cabe controle, imposição de condutas, porquanto são os integrantes da entidade familiar que devem ditar seus regramentos de convivência. O Estado deve apenas dar-lhes garantia, assegurando que a vontade de seus membros seja expressada.

Nessa perspectiva, o dever de fidelidade imposto no passado, de acordo com uma leitura crítica, revela-se atualmente como uma intromissão descabida do Estado, posto que pertence ao casal, dentro de seu campo de autonomia e garantia das liberdades individuais, decidir ou atribuir a importância que entender adequada a esse aspecto da relação.

Ainda, dentro da mesma linha de raciocínio, porém, com argumentos oriundos do direito civil-constitucional, Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 442-443) traça a sua linha de defesa de acordo com a ponderação de princípios.

Para a autora o desrespeito aos deveres conjugais, na ponderação dos interesses contrapostos entre autonomia individual e solidariedade familiar, ou, entre as escolhas de cada cônjuge e a sociedade conjugal, prevalecem as opções de vida do sujeito, não se admitindo que o seu descumprimento, por si só, cause dever de reparação. O descontentamento de um dos cônjuges diante da traição pode levar a ruptura da relação, mas não ao dever de indenizar.

Helmut Koziol (2008, p. 68) complementa e chama a atenção ao fato de que aceitar a obrigação de indenizar em razão de infração de certo interesse, implica em reconhecer uma esfera protegida que, simultaneamente, impõe uma restrição à liberdade da outra parte.

Transferidas tais lições para o caso em análise, parece prevalecer a esfera da liberdade, tanto que o entendimento de que a simples violação dos deveres do casamento não se enquadra nos moldes de dano indenizável, sustenta-se em variados argumentos que aqui serão reunidos em três grupos: a) os deveres do casamento são imposições não coercíveis por questão de política legislativa, que prevê como consequência para o seu desrespeito apenas o divórcio, se esta for a escolha do casal; b) a leitura funcionalizada do Direito de Família que identifica o casamento como comunhão de afetos, não abre espaço para repressão sexual e represálias; c) na ponderação de interesses contrapostos entre solidariedade familiar

e autonomia individual ou entre dever de indenizar ou proteção de liberdade, deve prevalecer as opções de vida do sujeito.

Com efeito, as estruturas arcaicas construídas no passado abriram espaço para um novo tipo de relações, pautadas em valores mais plurais, transparentes e horizontais, que não mais autorizam imposições desmedidas no arenoso campo dos sentimentos.

Se a doutrina, contudo, ainda se encontra dividida, embora tenha perdido bastante espaço a corrente que defenda o cabimento de reparação diante da quebra dos deveres conjugais, os Tribunais, de um modo geral, são bastante restritivos nesse assunto.

Tem sido quase consenso de que a incidência das regras da responsabilidade civil, em decorrência da violação dos deveres do casamento ou da união estável, somente ocorrerá diante de reprovável e grave afronta a um dos direitos da personalidade.

Para ilustrar essas situações excepcionais, pode-se citar os casos de falsa imputação de paternidade, ao marido ou companheiro, sabidamente inexistente; a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, decorrentes da infidelidade; ou, ainda, quando as circunstâncias fáticas que envolvem a traição, suplantam os limites da razoabilidade, casos em que devem ser preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil (OTERO, 2015, p. 282/283)

Uma vez mais, ainda que caracterize dever objetivo, o simples descumprimento da infringência dos deveres do casamento ou união estável, é insuficiente para delimitar o dano como indenizável, exigindo-se, para tanto, situações de maior gravidade, devidamente comprovadas.

3. Dano Afetivo nas relações paterno-filiais

O dano afetivo nas relações paterno-filiais desde o início gerou polêmica e dividiu os pensadores e aplicadores jurídicos, tendo ganho maior número de adeptos na doutrina, encontrando forte resistência nos Tribunais.

Argumentos no sentido de que a lacuna afetiva ou o desamor não podem ser impostos, até porque não traduzem descumprimento de deveres parentais, ou exatamente em sentido oposto, de que é dever dos pais reparar o dano moral sofrido pelos filhos, em decorrência da negação daqueles de conviverem de modo próximo e sadio, proporcionando carinho e amor a seus filhos, podem ser encontrados em muitos trabalhos desenvolvidos sobre o tema.

Segundo Rolf Madaleno (2017, p. 374) defensor da reparação moral por abandono afetivo:

> A desconsideração da criança e do adolescente no campo de suas relações, aos lhes criar inegáveis deficiências afetivas, traumas e agravos morais, cujo peso se acentua no rastro do gradual desenvolvimento mental, físico e social do filho, que assim padece com o injusto repúdio público que lhe faz o pai, deve gerar, inescusavelmente, o direito à integral reparação do agravo moral sofrido pela negativa paterna do direito que tem o filho à sadia convivência e referência parental, privando o descendente de um espelho que deveria seguir e amar.

Em sentido oposto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 134) manifestam-se no sentido de não entenderem razoável a afirmação de que a pura e simples negativa de afeto entre pai e filho possa implicar em indenização. Caberia, segundo os autores, a incidência de outros efeitos jurídicos, próprios do Direito de Família, "até porque a indenização pecuniária nesse caso não resolveria o problema central da controvérsia que seria obrigar o pai a dedicar amor ao seu filho".

A reparação pecuniária de amor, afeto ou cuidado têm gerado grandes repercussões, fazendo destoar os discursos. Na verdade, a reparação do dano extrapatrimonial em dinheiro sempre despertou severas críticas. Quando o assunto envolve o Direito de Família, marcado por valores existenciais a discussão se agrava naturalmente.

Da doutrina estrangeira, percebe-se entendimento reticente no que toca à indenizabilidade dos pedidos pautados na ausência de afeto. O argentino Eduardo Zannoni (1990), deixa claro que não cabe reparação civil pelo desamor ou pela ausência de apoio espiritual dos pais em relação aos filhos. Assim como a peruana Isabel Olortegui Delgado (2010) diz não integrar a esfera de dano indenizável os aspectos espirituais não integrantes de categorias jurídicas como a falta de amor e de afeto.

Em linha intermediária, a espanhola Alma Maria Rodríguez Guitián (2009, p. 156) afirma que o filho carece do direito de reclamar indenização ao genitor, com amparo na carência afetiva ou ausência de apoio psicológico, a não ser que reste comprovado que tal carência chegue a afetar, de modo grave, a integridade psíquica do filho.

No direito brasileiro, como já mencionado, as opiniões se dividem e doutrina contrária à tese, menciona de que o afeto paira no plano instintivo, sentimental e, portanto, imune ao Direito. Dentre os argumentos

contrários, extrai-se, outrossim, de que a busca por um lenitivo em dinheiro, como forma de compensação pela negligência do pai em dar aconchego, amor e carinho, reflete, não raras vezes, ressentimento e desejo de vingança, contrariando os valores sustentados pelo atual Direito de Família.

Por outro lado, conjunto significativo de vozes sustenta a aceitabilidade da tese com o intuito de aplacar a dor, argumentando que a indenização seria o último recurso, servindo como punição ao pai, não cumpridor de seus deveres parentais.

Nesse ponto, é preciso fazer uma ressalva, de que diferente de países de tradição de *commow law*, como os Estados Unidos, o Brasil não aplica a teoria do *punitive damages*, não podendo a indenização ser aplicada com caráter punitivo. A intenção é apenas de compensar o dano sofrido, ainda que na aplicação da verba tenha o nítido caráter pedagógico da medida.

Refletindo sobre isso, Anderson Schreiber (2015, p. 40/45) sustenta a necessidade de revisitar a responsabilidade civil, no sentido de autorizar a aplicação de tutelas específicas como alternativas para a reparação em dinheiro.

Sugere o autor que, na aplicação ao Direito de Família, isso faz ainda mais sentido, estando o juiz autorizado a determinar, a partir da verificação das omissões praticadas pelo pai, certas condutas específicas, com objetivo de entregar à vítima um resultado equivalente ao que foi ou está sendo transgredido.

Por exemplo, a determinação de que o pai passe a frequentar reuniões escolares do filho, que participe das comemorações de dia dos pais na escola, ou até mesmo que passe maior número de dias com o filho.

Diferente das outras áreas, em que as relações deixam de existir após a ação indenizatória, no Direito de Família, normalmente esses vínculos são permanentes, havendo potencialidade de que os mesmos danos voltem ou continuem a ocorrer.

Em épocas em que se prima por soluções em que as relações familiares possam ser reconstruídas ou ao menos que os traumas sejam minimizados, a reparação pecuniária, em grande parte dos casos, promove o efeito inverso. Essa é uma reflexão importante quando se trata de discutir a aplicabilidade da responsabilidade civil ao Direito de Família, mormente à questão do dano afetivo, de difícil mensuração.

Pois bem, seguindo a linha de raciocínio desenvolvida anteriormente, o objetivo é buscar identificar se é cabível e quais os limites para a aceitabilidade do dano afetivo decorrente de condutas de abandono do pai em relação ao filho.

Em primeiro lugar é necessário saber se a conduta praticada pelo pai enquadra-se como uma conduta antijurídica, para isso é obrigatória a infringência de dever legal, sem a qual não há que se falar em indenização. Somente após o vencimento dessa questão, é possível identificar se a inobservância desse dever ou suposto dever, gerará, por si só, o dever de reparação ou quais serão as balizas a serem seguidas.

O tema é espinhoso e há muitas confusões no que toca ao abandono afetivo. Não há dúvidas de que a ausência do pai na vida de um filho pode ser muito prejudicial, causando-lhe sofrimentos, mas seria isso suficiente para gerar reparação civil? Acesas divergências podem ser notadas acerca do caráter indenizável desse tipo de dano.

Analisando, portanto, o ordenamento jurídico em busca de critérios objetivos, denota-se que o art. 227 da Constitução Federal de 1988 prevê ser dever da família, do Estado e da Sociedade "assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária".

Na mesma esteira, o Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 3o, traz um rol de direitos da criança, devendo ser assegurada a proteção integral, enquanto que o art. 4o elenca uma série de deveres de efetivação por parte dos pais, da comunidade, da sociedade e do Estado dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

De outro norte, o Código Civil, em seu artigo 1.634, apresenta os poderes-deveres dos pais em relação a seus filhos, durante o exercício da autoridade parental consistente, entre outras atribuições, o de dirigir-lhes a criação e educação (inc. I) e o exercício da guarda (inc. II). Por fim, em seu art. 1.566 CC, estabelece entre os deveres de ambos os cônjuges, no inc. IV, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos.

Com efeito, comprova-se não encontrar guarida o dever de amar ou de dar afeto, ao menos não como um dever objetivo, mas isso não é nenhuma novidade, conforme já analisado pela Ministra do STJ, Nancy Andrighi, ao julgar um caso de abandono afetivo e transportar toda essa discussão para a questão do cuidado.

Em 2012, em *leading case*[4], a Ministra sustentou a tese de que o afeto não pode ser imposto, mas que o cuidado inobservado é dever apto a

---

[4] STJ, Resp/SP 1159242, 3 Turma, Min. Nancy Andrighi, julg. 24/04/2012;

gerar a obrigação de indenizar. Em seu voto, fez questão de distinguir o afeto e o cuidado, tratando o cuidado como dever jurídico, no qual estaria compreendida a convivência como obrigação, do qual decorre "um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social".

Extrai-se da ementa que "o cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88".

Portanto, de acordo com entendimento da Min. Nancy, e conforme se viu acima nos dispositivos citados, o cuidado não está previsto de modo expresso no ordenamento, podendo ser extraído, outrossim, dos deveres concretos de criação, sustento, educação e convivência familiar.

Em precedente recente julgado pelo STJ, que teve como relatora a Min. Maria Isabel Galotti[5], a questão foi reanalisada, frisando mais uma vez de que inexiste previsão jurídica de amor e de afeto. Porém, ao analisar se há alguma regra de dever de cuidado, concluiu inexistir no sentido de convivência ou amparo afetivo ou psicológico, mas apenas dever de cuidado no sentido de sustento, guarda e educação.

Extrai-se de seu voto que

> A convivência familiar é garantida pela Constituição, dentro das circunstâncias de cada família, como um ideal. As vicissitudes da vida real, com vários modelos de família e características peculiares à personalidade e ao contexto social cada um de seus membros, justificam a previsão em lei da guarda unilateral ou compartilhada, da guarda por terceiros ou tutela, quando, pelos mais diversos motivos, nenhum dos pais tiver condições de permanecer com o menor. (...) A afetividade não é dever jurídico. Se o amor e o afeto não são deveres jurídicos, como o reconhece a doutrina e o acórdão da 3a Turma no REsp. 1.159.242/SP, tão pouco o pode ser o cuidado afetuoso, ou a convivência forçada, sem afeto, apenas para cumprir suposto dever jurídico.

Pondera a Ministra de que "Pode ser censurável não ter afeto pelo filho, mas tal não constitui falta de cuidado legalmente estatuído e a lei jamais poderia impor a efetividade de carinho paterno".

[5] STJ, Resp 1579021/RS, 4 Turma, julg. em 19/10/2017

Inclusive, rebateu o entendimento anteriormente manifestado pela Ministra Nancy Andrighi, afirmando a mistura do "moralmente reprovável com o juridicamente exigível", quando o cabimento de indenização se dá por descumprimento de dever jurídico.

Vale destacar trecho do voto,

> A frase de efeito, repetida na imprensa, "amar é uma faculdade, cuidar é dever" incide em equívocos, pois faculdade consiste na possibilidade de exercício de um direito. Amar não é uma faculdade, é sentimento espontâneo de bem-querer que não deriva da lei.

Nota-se que na tentativa de sustentar o seu ponto de vista, a própria Min. Isabel Galotti, admitiu existir dever de cuidado no sentido de sustento, guarda e educação. O que refutou foi a inexistência de dever de cuidado afetivo.

Diante dessas ponderações, verifica-se uma imbricação e até uma grande confusão do que está contido na expressão cuidado. Cuidado é expressão polissêmica e abrange tanto a criação no sentido objetivo de encargo e convivência, como a criação em sentido subjetivo, de auxílio espiritual e psicológico.

Isto posto, é possível concluir que há implicitamente previsão legal de dever de cuidado, eis que extraído de outros deveres como a criação, convivência, sustento e educação, em sua face objetiva, previstos constitucionalmente, como também pela legislação ordinária – Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir disso, a expressão dano afetivo é que parece inapropriada, bem como a formulação dos pedidos, sugerindo compensação pela ausência de amor e carinho. Ora, a única e provável moldura do dano ressarcível passa a ser o ferimento do dever legal de cuidado, por que, então, continuar a falar de dano afetivo? Por que não tratá-lo como dano moral por omissão de criação e cuidado, por exemplo?

Veja-se que não se está defendendo uma mera alteração conceitual, mas um novo enquadramento para a questão, que deixa de lado a tentativa de compensação pela ausência de afeto ou de cuidado afetivo, e que passa a tentar enquadrar a questão na omissão do dever de criação e cuidado.

A inclusão ou não de certas condutas no rol de danos indenizáveis é uma questão de política legislativa e ou jurisprudencial, porém, caracterizado o dever de cuidado/convivência como ato ilícito, passaria, em tese, a ser possível a cogitação de dano indenizável.

Mas a simples infração de dever imposto pela lei seria suficiente para gerar a obrigação de indenizar? Desde logo a resposta parece ser negativa. Porém, antes de enfrentar a questão, faz-se necessário verificar como o tema está sendo tratado pelos Tribunais brasileiros.

Em análise aos precedentes, percebe-se que há uma forte restrição ao acolhimento da tese de indenizabilidade, observando-se também de que a discussão continua pairando fortemente em torno da questão do abandono afetivo propriamente dito.

Contudo, a ausência de cuidado tem sido analisada em vários julgados a fim de definir a antijuridicidade da conduta e a (in)suficiência dela para gerar ou não a obrigação de indenizar, o que auxiliará na resposta ao questionamento.

No STJ, os casos julgados até o presente momento, foram todos contrários ao pedido de dano moral decorrente de abandono afetivo, com exceção do precedente citado acima, julgado pela 3 Turma, em 2012, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi.

Em um panorama mais detalhado posicionamentos distintos transparecem do estudo entre a terceira e quarta turma do STJ. A terceira turma posiciona-se pela tese de cabimento de dano moral, porém somente em hipóteses excepcionais, em que há gravíssimo descaso dos pais em relação aos filhos, exigindo, para a admissibilidade indenizatória, a efetiva demonstração da ilicitude e dos pressupostos da responsabilidade civil. Tais exigências conduziram a denegação de todos os pedidos indenizatórios[6].

A quarta turma, de modo geral, consagra o entendimento que não cabe indenização por abandono afetivo[7], seja porque o Direito de Família traz como regramento de punição para o descumprimento dos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, a perda do poder familiar, não incidindo, portanto, as regras da responsabilidade civil, seja porque a reparação requer ato ilícito, não se encaixando nessa moldura o abandono afetivo.

Com relação aos Tribunais inferiores, também foi possível observar de que pouquíssimos pleitos indenizatórios foram acolhidos, na verdade, somente um pedido foi procedente. As fundamentações dividem-se entre a tese de não cabimento de dano moral em decorrência de abandono afe-

---

6 Exemplo: STJ, Resp 1493125/SP, 3T, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; julgado em 23/02/2016; Resp 1374778/RS, 3T, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 18/06/2015;

7 STJ, Resp 1298576/RJ Min. Rel Luis Felipe Salomão, julg. 21/08/2012; Resp 514350/SP Min. Aldir Passarinho, 4 T. julg. em 28/04/2009

tivo e a tese de cabimento, porém em situações excepcionais, devidamente comprovada a ilicitude e todos os demais requisitos da responsabilidade civil.

A análise foi feita tendo como base o período de outubro de 2017 a outubro de 2018[8], selecionando ao menos um Tribunal de cada região do País, mais especificamente os Tribunais do Rio Grande do Sul, Santa Catarina[9], São Paulo, Amapá[10], Mato Grosso[11] e Bahia[12].

Os Tribunais que apresentaram o maior número de casos foi o TJSP e TJRS, os quais passam a ser objeto de análise mais detalhada. No Tribunal Paulista foram encontrados 32 julgados no período consultado, sendo 03 descartados em razão de tratarem de conflito de competência; 08 casos foram considerados atingidos pela prescrição, restando 21 julgados que efetivamente analisaram a questão do cabimento ou não do dano afetivo, dentre os quais apenas 01 foi favorável à tese.

Dos 20 julgamentos desfavoráveis ao pedido de abandono afetivo, alguns apoiaram-se na tese de que descabe dano moral decorrente de abandono afetivo [13], enquanto a maioria defendeu a linha de que é possível a caracterização de dano moral afetivo, porém apenas diante da efetiva comprovação dos requisitos da responsabilidade civil [14].

---

8 Para a pesquisa utilizou-se somente as expressões dano moral e abandono afetivo, no modo e busca avançada, pesquisa pela ementa.

9 Foram 06 resultados encontrados; 2 acolheram a prescrição e os 04 restantes não acolheram o pedido por ausência de comprovação dos requisitos da responsabilidade civil.

10 A pesquisa foi ampliada para 2016, já que em 2018 nenhum julgado foi encontrado; 01 julgado apenas de 2017, acolhendo prescrição; e 01 julgado que não reconheceu o pedido por ausência de provas em 2016.

11 Encontrado apenas 01 julgado reconhecendo a prescrição.

12 Encontrado apenas 01 julgado desprovendo o recurso por ausência de comprovação de dano afetivo.

13 Exemplo: Indenização por danos morais Abandono afetivo - Sentença de improcedência Insurgência do autor Inviabilidade de fixação de indenização Ato ilícito não configurado - Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal - Recurso desprovido. (TJSP, 5a Câmara – Seção de Direito Privado Apelação no 1000791-03.2016.8.26.0515, Voto no 37535, rel. Des. A.C. Mathis Coltro, julg. 24/10/2018.

14 (...) ABANDONO AFETIVO. DANO MORAL. Inocorrência. Não há como impor aos genitores a obrigação de dar amor e afeto aos seus filhos. Todavia, há possibilidade de responsabilizá-los pelos danos decorrentes da ausência, diante de eventual conduta ativa ou omissiva, que configure violação do dever de cuidado. Precedente do STJ. No caso dos autos, a situação que ensejou dano moral à apelante decorreu de desídia de ambas as partes (...) (TJSP, AC 0001032-56.2014.8.26.0420, 31 Câmara Extraordinária de Direito Privado, rel. Des. Rosangela Telles, julg. 22/02/2018).

Extrai-se das análises dos votos de que a caracterização da ilicitude é verificada a partir da comprovação da ausência de contato afetivo e/ ou convivência entre pais e filhos, sendo, todavia, insuficiente o mero distanciamento físico decorrente de circunstâncias da vida, como a separação dos pais ou gerada pela ausência de estrutura familiar; essa conduta omissiva exige um comportamento injustificado e pretendido por parte do pai, não podendo neste aspecto estar presente a desídia de ambas as partes, o que anula a culpabilidade exclusiva paterna; exige-se, ademais, a comprovação de que este comportamento causou no filho um abalo psíquico, que deve estar comprovado.

O julgado favorável encontrado revestiu-se de maior gravidade, entendendo o Relator Des. Enio Zuliani, em outubro de 2017, estar caracterizado o abandono afetivo, decorrente de afastamento proposital e desarrazoado do genitor, acompanhado de ato concreto de rejeição plena da filha. Merece destaque o fato de que o afastamento paterno decorreu de desconfiança de traição da esposa, o que resultou em ação negatória de paternidade. Contudo, essa conduta só ocorreu quando a filha já contava com 11 anos de idade, com convívio diário entre ambos.

Mesmo após o resultado do exame de DNA, confirmando a paternidade biológica, não houve qualquer tentativa de reaproximação.

O caso está assim ementado:

> Abandono afetivo caracterizado. Embora complexa a prova dos fatos constitutivos da falta de cuidado do pai, é permitido o reconhecimento quando a ausência física não decorre de mero distanciamento, mas, sim, acompanhada de ato concreto revelador da rejeição plena, como uma infundada ação negatória de paternidade. Ainda que o genitor desconfie da fidelidade da mãe da criança que registrou e tratou como filha, existem formas de eliminar a suspeita do vínculo biológico sem expor a criança inocente aos efeitos da vindita. Repulsa pública que não foi remediada, sem que houvesse, mesmo com o DNA positivando a paternidade, tentativa de reaproximação. Dano moral in re ipsa, com arbitramento da indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais). Provimento. (TJSP, AC 005279-45.2010.8.26.0477, 30 Câmara de Direito Extraordinário, Rel. Des. Enio Zuliani, julg. 24/10/2017)

No Tribunal Gaúcho, 20 resultados foram encontrados, excluídos 03 em decorrência de conflito de competência e 01 agravo, restaram 16 julgados que efetivamente analisaram a questão, sendo que todos foram

desfavoráveis à tese de abandono afetivo. Percebe-se uma resistência ainda maior ao reconhecimento do abandono afetivo no TJRS, sendo que a maior parte defende o simples descabimento de reparação nesses casos, conforme se pode perceber da ementa a seguir:

> Apelação Cível. Indenizatória. Abandono Material e Afetivo pela ausência do pai. Responsabilidade Civil. Descabimento. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. Embora se viva num mundo materialista, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois o afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto por outro. (TJRS, AC 70077915957, 7 Cam. Civel, Rel Des. Liselena S. Robles Ribeiro, j. 06/07/2018).

De acordo com o estudo jurisprudencial, fica nítido o posicionamento reticente dos Tribunais brasileiros em relação à tese de acolhimento de dano afetivo, decorrente de abandono. Mesmo nos casos fundamentados em sentido contrário, a análise dos requisitos, diante da fragilidade da prova trazida aos autos, é responsável pela denegação de praticamente todos os pedidos.

Com efeito, diante de todas as considerações e respondendo agora o questionamento acima realizado, a mera omissão de convivência ou cuidado são insuficientes para emoldurar o dano indenizável. A reparação, em casos excepcionais, é cabível somente quando devidamente comprovados todos os requisitos da responsabilidade civil, presentes condutas reprováveis reveladoras de rejeição ostensiva e cruel.

Sobre essa excepcionalidade exigida, destaca-se trecho do voto do Relator Desembargador Jorge Luis Costa Beber (2017):

> É preciso, todavia, saber distinguir a ausência de afeição com a repugnância acintosa. Por isso, em casos excepcionais, onde a falta de afeto criou espaço para um sentimento de desprezo acintoso, de menoscabo explícito, público e constrangedor, não se descarta a possibilidade do filho pleitear a reparação pelo dano anímico experimentado, porque nesse caso, ao invés da inexis-

> tência de amor, não nascido espontaneamente, há uma vontade deliberada e consciente de repugnar a prole não desejada[15].

Por derradeiro e dentro da proposição apresentada, se buscará sistematizar os pedidos de dano moral por abandono paterno-filial em quatro grupos, na tentativa de auxiliar a uniformizar a compreensão sobre o tema, agrupando em cada um deles sitações que guardem similitude, que vão desde os pedidos clássicos, até os que demonstram ausência total de suporte fático.

No primeiro grupo podem ser inseridas as demandas em que o pai registrou a criança e não teve mais nenhum contato, seja pelo fato de não ter qualquer vínculo com a mãe da criança ou até mesmo por ter outra relação casamentária ou de união estável, como também aquelas demandas em que houve convivência por uma certo tempo, mas deixou de existir posteriormente, geralmente em razão da ruptura da relação com a genitora.[16] Esses são os casos clássicos que para terem alguma chance de indenização, não devem ser sustentados na ausência afetiva, mas na ausência de criação e cuidado, comprovando-se um comportamento injustificado, que desvele atos de rejeição acintosa.

No segundo grupo envolvendo casos de investigação de paternidade com dano moral afetivo, o pai mesmo tendo conhecimento da existência de suposta prole ou embora tivesse condições de saber, nada fez. Nessas situações, comportamentos diversos podem advir do suposto pai, como não acreditar na informação e ficar inerte ou negar de forma contundente a paternidade, o que pode se agravar com a criação de embaraços para o descobrimento da verdade biológica. Em princípio, essas são situações em que seria possível o preenchimento de suporte fático autorizativo de indenização, desde que essa conduta reste demonstrada.[17]

Sobre essa situação específica, cabe trazer contribuições do direito estrangeiro, que encontrou outra alternativa para indenizar o filho diante do não reconhecimento do pai, seguindo a linha de moldura de infringência de dever legal, no caso, não de ausência de cuidado, mas negativa de estabelecimento de direito de filiação, nome, entre outros.

---

[15] TJSC, AC n. 0300677-17.2015.8.24.0042, Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber. 1 Câmara de Direito Civil. julgado em 19 de outubro de 2017.

[16] TJSP, AC 1000791-03.2016.8.26.0515, Rel. Des. A.C. Mathias Coltro, 5 Câmara Direito Privado, julgado em 24/10/2018.

[17] Para ilustrar TJSC, AC n. 0300677-17.2015.8.24.0042, Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber. 1 Câmara de Direito Civil. julgado em 19 de outubro de 2017.

Países como o Perú, Argentina, Espanha e França, reconhecem o dano moral indenizável diante da recusa do pai em reconhecer voluntariamente o filho, embasado na violação ao direito do menor de conhecer as suas origens biológicas, violando seu direito de identidade e nome, bem como de todas as demais intercorrências do estabelecimento de um vínculo de parentalidade. O dano estaria caracterizado pelo descumprimento ou suprimento de oportunidade do suposto filho de ter filiação paterna, sobrenome paterno entre outros direitos (SAMBRIZZI, 2001).

Em geral, os julgados que acolhem esse tipo de pleito, deixam claro de que não se está indenizando as carências afetivas, já que isso pertence ao aspecto espiritual das relações familiares, sobre o qual o direito não atua, salvo quando transcendem em condutas específicas caracterizadoras de ilícito civil.

Esta fundamentação, em princípio, pode ser interessante também nos casos brasileiros, aliado ao argumento de ausência de cuidado, ou até mesmo em substituição a essa tese, já que o direito ao nome e ao vínculo filiatório são direitos reconhecidos por lei, podendo sua infringência caracterizar condutas antijurídicas. Sempre, com o cuidado de comprovar de que o dano ressarcível decorreu de uma conduta desidiosa e grave do pai, presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil.

No terceiro grupo, também envolvendo ações de investigação de paternidade cumulados com pedido de dano moral por abandono afetivo, a situação diferenciadora em relação ao segundo grupo, está no fato do pai desconhecer a prole.

Em grande parte dessas ações, que não são poucas, não há nenhuma prova ou sequer um indício de que o pai soubesse antes do ingresso da ação, da existência do filho. Como pode alguém pretender ser indenizado por uma omissão de afeto e/ou cuidado, quando o réu sequer sabia da existência do(a) suposto(a) filho(a)? Parece óbvio de que em casos assim, desautorizado está o cabimento e acolhimento do pedido[18].

No último grupo, encontram-se as pretensões já prescritas. A prescrição sobre abandono afetivo já passou a ser assunto incontroverso, sabendo-se ser o prazo trienal, de acordo com art. 206, parágrafo 3, inciso V, do CC, ou no prazo de 20 anos, caso aplicável o Código Civil de 1916; O início da contagem do prazo, todavia, pode variar a depender da situação: a) se o vínculo já tiver sido estabelecido ou existir ciência inequívoca

[18] Para ilustrar TJSC, SC n. 0016701-52.2012.8.24.0008, Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa. 2 Camara de Direito Civil. julg. em 01 de outubro de 2018.

acerca da parentalidade, inicia-se a contagem da maioridade, porquanto não corre precrição entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar (art. 197, II do CC); b) quando, porém, existir dúvida em relação ao vínculo, o prazo trienal inicia-se a partir da data do reconhecimento da filiação, e não da maioridade[19].

4. Conclusão

É cabível e de possível delimitação o dano afetivo nas relações familiares? Embora o tema seja polêmico, com argumentos plausíveis de ambos os lados, uma análise baseada em um discurso objetivo e racional que harmonize as particularidades do Direito de Família com as especificidades da Responsabilidade Civil, é possível sinalizar um caminho.

É incontroverso de que o dano indenizável é uma questão de política legislativa e/ou jurisprudencial, consoante já frisado, com a efetiva escolha de lesões a bens ou interesses que são ou não passíveis de reparação.

O que se pretendeu nessas linhas foi definir uma moldura para o caráter indenizável do dano afetivo, que não se sujeite apenas à eloquência discursiva e de convencimento dos julgadores, mas que siga uma sistematização mais criteriosa e racional.

Com efeito, na análise do dano afetivo decorrente da ruptura das relações, a solução surge de modo mais tranquilo, tendo em vista a esfera privada em que se inserem esses vínculos, sendo autorizado pelo ordenamento jurídico o rompimento das relações sem previsão de consequências.

Para que haja a incidência de reparação, exige-se a demonstração da ilicitude, somados aos demais pressupostos tradicionais da responsabilidade civil. A mera ruptura de noivado, casamento ou união estável não se enquadram nos limites de dano indenizável, posto serem considerados como atos lícitos.

As bases de entendimento acerca das situações de quebra de dever conjugal são um pouco diversas, mas conduzem ao mesmo resultado da situação anterior. Os deveres conjugais possuem previsão expressa sendo, portanto, deveres legais.

Apesar disso, diante da leitura contemporânea do Direito de Família, responsável pela reestruturação das relações, em que núcleo familiar passa a ser concebido como espaço de realização pessoal, as imposições

---

[19] TJSP. AC 1006359-43.2014.8.26.006. Rel Des. Maria Salete Correa Dias, 6ª Câmara de Direito Privado, julg. 25/09/2018.

são tidas como não coercíveis, esi que não há mais lugar para a repressão sexual, devendo prevalecer a liberdade.

Portanto, o dano afetivo decorrente da inobservância dos deveres conjugais não não se encaixam na moldura reparatória, exigindo-se para tanto a configuração de situações excepcionais.

No estudo do cabimento do dano nos vínculos paterno-filiais, não se pode olvidar de que há uma evidente interrelação entre a esfera privada e a pública, com a necessária proteção das crianças, consideradas como vulneráveis. Enquanto a autonomia privada e a liberdade devem preponderar na relações de conjugalidade, o espaço de intervenção estatal é maior e justificável nas relações parentais.

Para além disso, embora o afeto hoje considerado como núcleo estruturante das relações, a sua ausência não é tutelável, porquanto não há dever objetivo de prestação de carinho e amor. Em busca de um dever objetivo possível de caracterizar uma conduta antijurídica, diante da ausência paterna na vida de um filho, observa-se que há previsão legal de criação, educação e convivência.

O cuidado, por sua vez, já tão discutido, não possui previsão expressa, mas pode ser extraído implicitamente dos demais deveres contemplados na legislação constitucional e ordinária. Em sua face subjetiva, de afeição, é bastante controvertida a sua previsão, mas em sua face objetiva, de convivência, proximidade e criação é considerado dever legal.

Provável moldura de dano indenizável, portanto, não se caracteriza pelo abandono afetivo, mas sim pela efetiva omissão de criação e cuidado. Para tanto, seria interessante passar a alterar o enfoque de cabimento indenizatório, tratando a questão como sendo de omissão de cuidado/ convivência, em seu aspecto objetivo, e não mais de abandono ou ausência de cuidado afetivo.

Isso exige não só alteração de nomenclatura e pedido mas, inexoravelmente, reenquadramento da questão dentro de um padrão concreto de infringência de dever legal. Entretanto, embora se parta dessa premissa, prevalece no ordenamento jurídico brasileiro a excepcionalidade de cabimento de indenização, o que é justificável, em razão das relações familiares merecerem um tratamento peculiar, tendo em vista a delicada natureza que as envolve.

A moldura do dano indenizável, por derradeiro, é restrita apenas às situações extremas em que a omissão de criação apresente traços de rejeição acintosa e desprezível, comprovados todos os requisitos da responsabilidade civil.

Referências

DELGADO, Isabel Olortegui. Responsabilidad civil por omisión de reconocimiento voluntario de la paternidad extramatrimonial. Perú: Maestria Faculdad de Derecho y Ciencia Politica, 2010. Disponível , http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/handle/cybertesis/193; acesso em nov. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. Da função pública ao espaço urbano privado: aspectos da privatização da família no projeto do "Estado Mínimo". In Fachin, Luiz Edson (coord). Direitos e Neoliberalismos. Curitiba:EDIBEJ, 1996.

FACHIN, Luis Edson. Famílias: entre o público e o privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família: entre o público e o privado. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Luciano Chaves.Teoria do Risco desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado. *In* Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre:Magister, v. 1, dez-2007; jan. 2008.

GUITIÁN, Alma Maria Rodríguez. Responsabilidad Civil en el Derecho de Família: Especial Referencia al ambito de las relaciones paterno-filiales. Navarra: Editorial Arazandi, 2009.

KOZIOL, Helmut. Comentario del artículo 2:102, en European Groupon Tort-Law, Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggioti de. Responsabilidade civil e relacionamento extraconjugal. *In* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade Civil no Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES. Maria Celina Bodin. A responsabilidade civil e a reparação no Direito de Família. *in* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte:IBDFAM, 2015.

MARTÍN-CASAL, Miquel; RIBOT, Jordi. Danos en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás. Girona: Instituto de Derecho Privado Europeo y comparado - ADC, tomo LXIV, 2011, fasc. II.

PRATS, Esther Algarra. Incumplimiento de deveres conyugales y responsabilidade civil. In: MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio. La Responsabilidad civil em las relaciones familiares. Madrid: Dykinson, 2012.

PETEFFI DA SILVA, Rafael. Responsabilidade Civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. In Responsabilidade Civil no Direito de Família. MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. São Paulo: Atlas, 2015.

OTERO, Marcelo Truzzi. Marcelo. Responsabilidade Civil pela Dissolução Conjugal. *In* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo.Responsabilidade Civil no Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2015.

SAMBRIZZI, Eduardo. Danos en el Derecho de Familia. Buenos Aires: editorial la Ley SA, 2001.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade Civil e Direito de Família: A proposta de reparação não pecuniária. *In* MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo. Responsabilidade Civil no Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2015.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, Marcos Alves da. Uniões simultâneas, monogamia e fidelidade. In Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em < http://www.ibdfam.org.br/noticias/5153/Uni%C3%B5es+simult%C3%A2neas,+monogamia+e+dever+a+fidelidade%22> Acesso em 10. out 2018.

USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade Civil pelo Rompimento de Noivado (um exemplo de compensação do dano derivado de um ilícito) *in*, MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.) Responsaibilidade civil no Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2015.

ZANNONI, Eduardo. Responsabilid Civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo. Buenos Aires: Astrea, 1990.

11

Responsabilidade Civil e o dano sexual

Felipe Cunha de Almeida[1]

1. Introdução

O estudo da Responsabilidade Civil é de extrema relevância, e não só aos estudiosos e profissionais do Direito, como para toda a sociedade, afinal, os fatos que levam à incidência da obrigação de reparar certo dano não escolhem cor, raça, sexo, idade: podem atingir a todos indistintamente.

Muitos dos danos, como por exemplo o material, não são de tormentosas discussões. Imagine-se a seguinte hipótese: um acidente de carro, sem vítimas fatais ou pessoas machucadas. O conserto, em termos de prejuízo, custa R$ 10.000,00: a sentença condena o culpado, e resolvida está a questão: o dano foi integralmente reparado. Agora, imaginemos outras consequências, mas envolvendo o mesmo fato: uma vítima fatal e outra que se machuca seriamente: deformidades e, inclusive, de tão grandes que sejam as consequências, que fique impossibilitada de reproduzir, de relacionar-se sexualmente com seu/sua esposo (a), companheiro (a), noivo (a).

Considerando a segunda e última parte do exemplo acima, não se tem dúvidas de que há lesão a direitos de personalidade da vítima, na espécie de danos imateriais puros, e estéticos, bem como que o dano suportado atinge, de forma direta, pessoas ligadas à vítima, como a esposa, filhos, pais.

Bem, considerando a narrativa acima, surge na doutrina o que se tem denominado de dano sexual, ou seja, há fato que atinge diretamente a pessoa e a priva de ter uma vida sexual sadia. Mas a pergunta que fazemos é a seguinte: voltando ao exemplo do acidente de trânsito que atinge órgãos sexuais da vítima, quem seria o lesado, em termos da ocorrência

---

[1] Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, professor, advogado em Porto Alegre/RS.

de dano sexual? A vítima? seu/sua esposo (a), por exemplo? Vejamos a importância que tem a sexualidade:

> A sexualidade humana constitui uma área essencial das nossas vidas, não só como uma via para a reprodução, como também na perspectiva da afectividade e da gratificação pessoal. Assim, disfunções de carácter sexual, qualquer que seja a sua etiologia, podem ter enormes repercussões do ponto de vista individual (como a diminuição da auto-estima ou a depressão) e em termos familiares, podendo culminar na separação de um casal.[2]

Sobre a indagação acima fomos instados, com muita honra, a escrever o presente capítulo, desta obra, que trata justamente sobre o tema dano sexual. Para tanto, dividimos a discussão em sete partes, iniciando pelo um panorama geral sobre a Responsabilidade Civil, afinal se se trata de reparação de danos (sexual), devemos contextualizá-la. Em seguida, o dano e sua também contextualização é analisado, afinal, será que qualquer dano é objeto da tutela jurídica? O próximo passo procura responder a indagação feita, ou seja, analisamos os requisitos do dano reparável para, em seguida, o estudo dos danos imateriais, sua ligação direta com a lesão a direitos de personalidade para, aí sim, enfrentarmos o foco central deste estudo: o dano sexual, fazendo, ao final, a nossa conclusão e fechamento sobre o tema proposto.

2. Responsabilidade Civil

Estamos tratando de tema relativo ao dano sexual, em sede de Responsabilidade Civil, portanto, esta, segundo Álvaro Villaça Azevedo, surge em face de um descumprimento obrigacional, portanto, a idéia guarda relação com "responder por algo":

> Realmente, ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta sua vida. A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano.[3]

---

[2] Santos, L.; Magalhães, T.; Costa, D. Pinto da; Matos, E. *O dano sexual: contributo para a avaliação médico-legal dos danos na pessoa*. Revista Portuguesa do Dano Corporal. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2008, p. 35. Disponível em: < https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33078/1/RPDC18_artigo3.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

[3] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil: direito civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 242.

Sergio Cavalieri Filho, por sua vez, com base na doutrina de San Tiago Dantas, assevera que o principal objetivo da ordem jurídica é o de proteção do lícito e repressão ao ilícito. Portanto: a ordem jurídica, de forma simultânea, vem a "[...] tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o Direito, reprime a conduta daquele que o contraria".[4]

Os estudos de Aguiar Dias refletem que a Responsabilidade Civil e o desenvolvimento desta área estão atrelados "[...] ao sentimento mais elevado de justiça e ao progresso do direito". [5] Segue o ilustre jurista ponderando, com base em doutrina de prestígio, que o tempo, o progresso e o aparecimento de novas e diversas atividades industriais influenciam na necessidade de ajustamento, de atualização da Responsabilidade Civil, contudo, "[...] permanece íntegro o áureo princípio do *neminem laedere*". Portanto, finaliza o mestre aduzindo que o sentimento de justiça de que se deve ter para o caso concreto não é mais refinado nos dias atuais do que em outros tempos. E assim vai se desenvolvendo o estudo e a aplicabilidade da Responsabilidade Civil, considerando que o desenvolvimento da civilização torna mais complexa as relações sociais, o que acarreta no atrito de relações.[6]

Portanto, independentemente da espécie de reponsabilidade (subjetiva, objetiva, por exemplo) e do dano (material e extrapatrimonial, como exemplo) que venha a incidir em determinado caso, o fato é que, em termos atuais, surge a Responsabilidade Civil como mecanismo de reação da ordem jurídica para fins de reparação, considerando para tanto a existência do dano injusto.

Tem, portanto e como função primordial, a função reparatória a Responsabilidade Civil, afinal, mesmo que vivendo a pessoa em tempos de extrema violência, como no caso do Brasil, há muito a vingança privada é rechaçada pela ordem jurídica, cabendo ao Poder Judiciário uma ação firme e efetiva, em termos de obrigar o responsável pela reparação do dano que cometeu ou, para a hipótese de responsabilidade objetiva, reparar pela imposição da lei.

3. Contextualização do dano

Estamos tratando do estudo acerca do dano sexual, este é o foco central deste estudo. Mas, antes, devemos analisar e contextualizar o dano, de

---

[4] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

[5] AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. DIAS, Rui Berford (atual). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 11.

[6] AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. DIAS, Rui Berford (atual). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 11.

forma geral. Pois bem. Quando se cogita de dano, o estudo deve permear os demais pressupostos da responsabilidade civil, a saber: a ação (omissa ou comissiva, a culpa, quando for o caso de responsabilidade subjetiva), o nexo de causalidade e o dano.

Dentre os clássicos pressupostos à configuração da Responsabilidade, o dano é de fundamental importância para o dever de reparação.De tão importante que é a presença do dano para a Responsabilidade Civil e, consequente, do dever de reparação, que trazemos as lições doutrinárias abaixo.

Caio Mário da Silva Pereira, discorrendo sobre o pressuposto dano, ensina que o ordenamento, através de vários meios, impõe sanções penais, civis, e até simultaneamente, estas duas. A primeira é consequência de condutas que ferem o os interesses da sociedade, ou seja, "atos atentatórios da ordem jurídica social", estabelecendo punições. Por outro lado, pode acontecer a hipótese de que o ato lesivo tenha interesse apenas individual, o que acarreta a Responsabilidade Civil. Ainda, pode acontecer que determinado ato venha a romper tanto o equilíbrio social como individual, fazendo com que a responsabilidade criminal venha associada à Responsabilidade Civil.[7]

O mestre supra referido, e considerando a norma do art. 186 do Código Civil, assevera que o dano é "a circunstância elementar da responsabilidade civil". Existe, por conseguinte, uma obrigação de reparar o dano, este que é elemento, requisito essencial, para a responsabilidade civil. Pois não há lugar para esta sem a presença, a identificação do dano.[8] Sergio Cavalieri Filho, por sua vez, acentua que "O dano é o grande vilão da Responsabilidade Civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar", portanto, não se cogita de indenização, de ressarcimento, sem dano. Conclui o mestre ensinando que "[...] a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida".[9] Rui Stoco, comentando os ensinamentos acima, prefere "[...] dizer que a "chave" ou a "senha" para surgir a obrigação de indenizar está na existência do dano".[10]

[7] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* 10. ed.TEPEDINO, Gustavo (atual). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 53.

[8] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* 10. ed.TEPEDINO, Gustavo (atual). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 54-56.

[9] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.

[10] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1660.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Cristiano Chaves, ao abordarem a temática relativa ao dano, são categóricos:

> O dano é o fato jurídico desencadeador da responsabilidade civil. Não há responsabilidade civil sem dano. Aliás – ao contrário do que se verificava em passado recente -, pode mesmo se cogitar de reparação do dano sem a constatação de ato ilícito, da culpa, ou mesmo em casos extremos, do nexo causal. Todavia, o dano é elemento que dispara o mecanismo ressarcitório. Enfim, inexiste responsabilidade civil sem dano, ainda que ele possa assumir formas diferenciadas, como o dano reflexo ou a perda de uma chance.[11]

Os autores acima referidos ainda alertam que o Código Civil não conceitua o dano, e nem também o delimita no sentido de quais seriam as lesões tuteladas pelo ordenamento jurídico. O que acontece, em verdade, é que [...] prevalece uma cláusula geral de reparação de danos.[12]

Arnaldo Rizzardo leciona sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil, sendo estes, resumidamente, a ação ou omissão do agente que, "[...] investindo contra alguém, ou deixando de atuar [...]" fere direito ou patrimônio de alguém. A culpa, na responsabilidade subjetiva é perquirida; já para os casos envolvendo a responsabilidade objetiva, essa discussão não é relevante para a busca da indenização. O nexo causal, por sua vez, tem de revelar a violação da norma e o dano; o liame entre eles. Já o dano deve ser indenizável, deve refletir negativamente no patrimônio da vítima, na forma de um prejuízo, deve ser bem tutelado pela ordem jurídica.[13]

Carlos Roberto Gonçalves assevera que indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *satus quo ante,* isto é, devolvendo-se ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ilícito.[14] Orlando Gomes ensinava que o dano é definido como sendo:

> [...] a diminuição ou subtração de um bem jurídico (Formica), a lesão de um interesse (Trabucchi). Para haver *dano,* é

---

[11] FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 227.

[12] FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil.* São Paulo: Atlas, 2015, p. 229.

[13] RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31-32.

[14] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 4: responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 363.

> preciso, intuitivamente, que a diminuição se verifique contra a vontade do prejudicado.
>
> O *dano* consiste na diferença entre o estado atual do patrimônio que o sofre e o que teria se o fato danoso não se tivesse produzido (*id quod interest*). [15]

Em termos de divisão do dano, a doutrina costuma apontar os danos materiais e os danos extrapatrimoniais, também denominados de danos imateriais.

3.1. *Requisitos do dano reparável*

Bem, o dano, a sua existência, a sua prova, como visto no tópico anterior, é fundamental para surgir a obrigação de repará-lo. Todavia, não são todos os danos para com os quais o ordenamento se preocupa: ele deve, portanto, ser indenizável e, assim, deve apresentar certos requisitos que autorizem a sua reparação.

Clóvis do Couto e Silva ressalta que nem sempre é fácil a tarefa "de estabelecer a extensão do prejuízo indenizável, vale dizer, quais são os efeitos do dano que devem ser indenizados". Portanto, continua o mestre salientando que, em termos de Direito brasileiro, somente os danos diretos e imediatos podem ser reparáveis.[16] Vamos mais abaixo, dentre os requisitos do dano indenizável, estudar tal questão levantada pelo autor.

Para ser entendido como indenizável, necessária a conjugação de quatro requisitos: a) violação de um interesse jurídico protegido: ou seja, a diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou não; b) certeza: somente o dano certo, efetivo é indenizável, afastando-se, como consequência, obrigações de indenizar por danos abstratos ou hipotéticos. Verifica-se a sua certeza através da sua existência; c) subsistência: deve subsistir no momento em que é exigido; assim, se se foi reparado pelo responsável, o prejuízo não é subsistente, mas se foi pela vítima, a lesão subsiste pela quantia reparada, mesmo que paga por um terceiro, que se sub-rogará no direito do prejudicado; por fim, d) imediatidade do dano: a regra, pelo art. 403 do Código Civil é que somente devem ser

---

[15] GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil.* BRITO, Evaldo (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 75.

[16] SILVA, Clóvis do Couto E. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais, ano 80: maio de 1991: vol. 667*, p. 7. São Paulo: 1991, p. 18.

indenizados os danos diretos e imediatos, ressalvada a hipótese de danos reflexos ou por ricochete.[17]

Portanto, somados à certeza, à subsistência e à imediatidade, os danos ainda devem ser tutelados, protegidos, sob pena de insucesso de determinada ação de Responsabilidade Civil.

3.2. Danos imateriais

Os estudos de Humberto Theodoro Júnior, analisando doutrina e jurisprudência, vêm no sentido de que "[...] pode-se afirmar que são danos morais os ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando aspectos mais íntimos da personalidade humana."[18]

São os danos imateriais, segundo o ilustre jurista, "[...] danos de natureza não econômica", e que saem da esfera da normalidade dos fatos cotidianos, atingindo nome, honra, por exemplo.[19]

Veja que se entende o dano sexual como um dano extrapatrimonial, ou imaterial:

> No que respeita aos danos na esfera da sexualidade, está prevista, no âmbito do Direito Civil, a valoração do Dano Sexual (DS), enquanto parâmetro de dano independente, não económico ou extra-patrimonial. Mas, em termos médico-legais, a avaliação deste dano constitui um grande desafio pericial; primeiro, porque a sua objectivação nem sempre é possível, o que se traduz, por vezes, em critérios díspares em termos de avaliação; segundo, porque o tema em avaliação pertence à esfera íntima da vítima, a ele se associando certos preconceitos, pelo que muitas vezes o mesmo nem chega sequer a ser abordado na avaliação médico-legal; finalmente, porque passa por vezes despercebido ou é subvalorizado, face à gravidade objectiva de outras sequelas.[20]

---

[17] WALD, Arnoldo; GIACOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil: volume 7*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 88-87.

[18] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 2.

[19] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 6-7.

[20] Santos, L.; Magalhães, T.; Costa, D. Pinto da; Matos, E. *O dano sexual: contributo para a avaliação médico-legal dos danos na pessoa*. Revista Portuguesa do Dano Corporal. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2008, p. 36. Disponível em: < https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33078/1/RPDC18_artigo3.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Como se trata de dano imaterial, como referido, veremos que tal modalidade de dano está umbilicalmente ligada à lesões a direitos de personalidade, e nos variados aspectos e situações da vida, como leciona o brilhante Bruno Miragem.[21] No próximo tópico, portanto, vamos analisar a relação destes danos com a ofensa a direitos de personalidade.

3.3. Lesão a direitos de personalidade

Muitos debates envolvem pedidos de condenação por danos extrapatrimoniais, ou seja, ofensa a direitos de personalidade, à dignidade da pessoa humana. Contudo e especialmente sobre os direitos de personalidade, temos de delimitar, definir o tema. Portanto, a doutrina de excelência de Carlos Alberto Bittar é, de início, nosso rumo quanto ao ponto que ora vamos nos debruçar.

O mestre acima referido alerta sobre as dificuldades que a teoria dos direitos de personalidade a cerca, especialmente em relação às divergências doutrinárias, a natureza e extensão, referindo que se trata de uma construção teórica relativamente nova, ausente de uma conceituação global definitiva, de enfoques distintos notadamente pelos ângulos do direito público (aqui tratado como direitos fundamentais) e do direito privado (aqui tratado como direitos de personalidade), entre outros, além da divergência entre as denominações.[22] Esclarece, então, que:

> Consideram-se direitos de personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.[23]

Sob o ângulo do Direito Civil, o jurista ressalta que a expressão "direitos de personalidade" é a que se impôs.[24] Portanto, é com ela que seguiremos o desenvolvimento deste estudo. Contudo, faz-se necessária

---

[21] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil.* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173.

[22] "direitos essenciais das pessoas" ou direitos subjetivos essenciais, "direitos da personalidade", "direitos à personalidade" ou "essenciais", "direitos individuais", "direitos pessoais", "direitos personalíssimos". BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 30.

[23] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29.

[24] BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 31.

uma breve contextualização da teoria. Ora, se trabalhamos, por exemplo, com a ocorrência do denominado dano sexual e a possibilidade de deferimento de pedido a título de danos imateriais, estamos tratando tal ofensa sob qual enfoque? Ofensa a Direitos Humanos, direitos fundamentais ou a direitos de personalidade? Ou, então, quando a integridade física é lesada, ou, então, a imagem: qual desses institutos incide no caso concreto? A melhor técnica, não precisamos dizer mais, é sempre recomendável. Paulo Lôbo, a seu turno, também muito ensina, com a profundidade e a autoridade habituais, sobre os direitos de personalidade: "Os direitos de personalidade são os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. Os direitos de personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil."[25]

Ainda, esclarece o mestre que a denominada constitucionalização dos direitos fundamentais muito contribuiu para a relevância jurídica que têm os direitos de personalidade, esses que, quando inseridos no âmbito das relações privadas, são espécies do gênero direitos fundamentais[26]. E aprofunda:

> Contudo, nem todos os direitos fundamentais, cor Bruno Miragem ensina que o Direito vai no sentido de tutelar a pessoa humana, tem como fim tal desiderato. Em nosso ordenamento, segue o mestre asseverando que a Constituição Federal "[...] deve ser considerada o marco do reconhecimento da pessoa humana, de sua dignidade (a dignidade da pessoa humana), assim como os direitos fundamentais de que é titular", tal e qual previsto no art. 1º, inciso III, da Carta[27].

A dignidade da pessoa humana está intimamente ligada aos direitos de personalidade. É a frase de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: "O homem não deve ser protegido somente em seu patrimônio, mas, principalmente, em sua essência". Por esta razão o Código Civil de 2002 destina, em sua parte geral, um capítulo próprio aos direitos de personalidade, afastando-se do perfil patrimonial que a legislação de 1916 apresentava, preocupando-se o ordenamento atual, de forma substancial, com o indivíduo, sintonizando-se com a Constituição Federal.[28]

---

[25] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 137.

[26] LÔBO, Paulo. *Direito civil:* parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 137.

[27] MIRAGEM, Bruno. *Direito civil:* responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176-177.

[28] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:* parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. I, p. 185.

Em termos de ofensas a direitos de personalidade e dignidade da pessoa humana, assim ensina Fernando Noronha:

> A primeira categoria de lesões que geram responsabilidade civil em sentido estrito é constituída pelas violações de direitos da personalidade. Estes são os direitos que, pode dizer-se, constituem a versão civil dos direitos fundamentais da pessoa humana, tutelando esta, na esfera privada: têm por objeto salvaguardar o respeito devido ao corpo (vida, saúde), à imagem, ao nome, pensamento, honra, liberdade e mais atributos da pessoa. Os princípios gerais aplicáveis a tais direitos são objeto de expressa previsão nos arts. 11 e s. do Código Civil.[29]

O Código Civil prevê[30] a proteção dos direitos de personalidade no artigo 11. Sílvio Venosa ensina que os direitos de personalidade compreendem "[...] um conjunto de direitos e obrigações que denominamos patrimônio, que é a projeção econômica da personalidade". Em relação à personalidade, há direitos que a afetam de forma direta, não possuindo conteúdo econômico imediato e direto.[31]

O autor supra referido aponta que existem direitos personalíssimos eis que refletem, incidem, sobre bens imateriais ou incorpóreos, tais como o direito à vida e outros também elencados e que apontamos anteriormente, com base na doutrina de Carlos Roberto Gonçalves.[32]

Por sua vez, o artigo 12,[33] também da codificação civil, dispõe que: "Aquele que for ameaçado ou lesado em seus direitos de personalidade, honra, nome, liberdade, recato, entre outros, poderá exigir que cesse a ameaça ou lesão e reclamar perdas e danos [...]", culminado, ainda, com outras sanções, ressaltando Sílvio Venosa que, em razão do seu caráter pessoal ou personalíssimo, "em princípio, cabe apenas à própria pessoa atingida na sua incolumidade moral tomar as medidas acautelatórias, preventivas e repressivas que a situação requer". Ainda,

---

[29] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 466.

[30] Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

[31] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

[32] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 21.

[33] Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

tais direitos, em decorrência dessa pessoalidade, extinguem-se com a morte; contudo, não significa dizer que resquícios podem ocorrer, como, por exemplo, ofensa à honra de quem já faleceu, atingindo os seus familiares.[34]

De importância relevantíssima a proteção dos direitos de personalidade e, como se não bastasse, guarda íntima relação com a dignidade da pessoa humana. Mas qual a natureza jurídica de tais ações de reparação civil? Bem, sobre tal indagação, Flávio Tartuce destaca que não há unanimidade doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. O mestre entende, a seu turno, pela existência de três correntes:

> 1ª Corrente: A indenização por danos morais tem o mero intuito reparatório ou compensatório, sem qualquer caráter disciplinador ou pedagógico. Essa tese encontra-se superada na jurisprudência, pois a indenização deve ser encarada mais do que uma mera reparação.
>
> 2ª Corrente: A indenização tem um caráter punitivo ou disciplinador, tese adotada nos Estados Unidos da América, com o conceito de *punitive damages*. Essa corrente não vinha sendo bem aceita pela nossa jurisprudência, que identificava perigos na sua aplicação. Porém, nos últimos tempos, tem crescido o número de adeptos a essa teoria.
>
> 3ª Corrente: A indenização por dano moral está revestida de um *caráter principal reparatório* e de um *caráter pedagógico ou disciplinador acessório*, visando a coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se estiver acompanhado do principal. Essa tese tem prevalecido na jurisprudência nacional.[35]

Portanto, a ofensa a direitos de personalidade é questão central a ser analisada no sentido da reparação por danos imateriais, decorrente da ocorrência do dano sexual. Tanto é verdade que, em caso envolvendo acidente, o STJ diferenciou a ofensa àqueles direitos, de um susto, no sentido de afastar a obrigação de reparação dos danos:

> Denota-se que os dissabores sofridos pelo apelante não configuram a dor moral indenizável, pois não houve ofensa à honra e nem à integridade física. O dano moral não decorre do susto sofrido pelo apelante e inexistiu ofensa à dignidade da pessoa

---

[34] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil comentado.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 21.

[35] TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 2, p. 427.

humana. Ademais, os transtornos resultantes do acidente em si foram satisfatoriamente compensados pela reparação material dos danos pela seguradora.

Entende-se que a situação de fato, para gerar danos morais, teria de ter repercutido no patrimônio imaterial do autor de forma reflexa, o que não restou demonstrado, conforme delineado pelo acórdão recorrido. Tem-se que as ocorrências narradas não geram, por si sós, dano à moral. [36]

Por outro lado:

3. Segundo precedentes do STJ é considerada abusiva a recusa do plano de saúde em fornecer stent famacológico importado quando este se faz necessário para o tratamento do paciente. Sendo notória existência de dano moral oriundo da injusta recusa de cobertura securitária pelo plano de saúde, pois esta conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia do segurado, caracterizando ofensa à dignidade da pessoa humana.[37]

Em relação aos danos imateriais podemos também referir sobre a sua íntima ligação com os direitos fundamentais. No acórdão abaixo percebe-se nitidamente a preocupação com a proteção a imagem de crianças em tenra idade:

A partir da conjuntura fático-probatória cristalizada pelo Tribunal de origem podem ser colhidos os seguintes dados relevantes: i) o recorrente era menor impúbere quando divulgada a reportagem; ii) as imagens do menor foram repetidas vezes reproduzidas, inclusive em câmera lenta; iii) a situação de conflito de que participava o menor poderia ser interpretada como ato infracional; iv) o apresentador afirmou que o menor era "covarde" e, em conjunto das demais pessoas, deveria ir para a cadeia.

---

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. AREsp 1291488. Rel. Min: Maria Isabel Gallotti. Julgado em: 13/06/2018. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=84330136&num_registro=201801108328&data=20180620&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 17 jul. 2018).

[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. REsp 1743202. Rel. Min: Moura Ribeiro. Julgado em: 28/05/2018. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=83305621&tipo=0&nreg=201801023717&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180528&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 17 jul. 2018).

Com base nesses dados, percebe-se que efetivamente foi violado o art. 143, *caput* e parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pois apesar de vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional, os recorridos noticiaram o fato com a completa identificação do recorrente.

Note-se que independente do grau da reprovabilidade da conduta do menor, o Ordenamento Jurídico veda a divulgação de imagem de adolescentes a quem se atribua a autoria de ato infracional. Vale dizer, "a meta é a preservação absoluta da intimidade dessas crianças e adolescentes, que, por mais grave que tenha sido o ato praticado, somente tem chance de recuperação e reestruturação interior e familiar se não sofrerem pressões externas estigmatizantes" (Guilherme de Souza Nucci. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.518)

Nessa linha, a divulgação da imagem de crianças e adolescentes em situações de contravenção fere a sua sensível e peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, além de constituir infração administrativa disciplinada pelo art. 247, do ECA. "Exatamente porque estão ainda construindo suas personalidades, esse selo social da *marginalidade* atinge mais severamente crianças e adolescentes, dificultando, quando não inviabilizando, que se transformem positivamente para os valores da solidariedade e da cidadania" (Martha de Toledo Machado. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais*. 11ª ed. Munir Cury (coord.). São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 725-726).

Com base nas normas que regem o sistema de proteção integral dos menores, não se pode conceber que ainda antes de iniciarem o caminho da vida, crianças e adolescentes pareçam antecipadamente fatigados. É preciso escutar o coro de vozes reverberado e multiplicado pelo eco infinito dos coros de infinitas gerações de crianças, e ouvir em todos os ecos o eco desse mesmo acento repetido de cansaço e sofrimento, de modo a evitar o que James Joyce narra como o cansaço da vida antes mesmo de nela penetrarem (*Retrato do artista quando jovem.* Tradução de Clarisse Tavares. Porto: Público, 2003. p.163).

A preservação da imagem e da intimidade dos menores, em tenra idade ou prestes a alcançar a maturidade, é reflexo do comando constitucional da sua *proteção integral*, com *absoluta prioridade* em assegurar seus direitos fundamentais (arts. 227, da CF/88, 4º do ECA).

Esse é um compromisso assumido pelo Estado Brasileiro ao incorporar no Ordenamento Jurídico nacional a Convenção sobre Direitos da Criança, que, entre outras normas de indispensável observância, assume o compromisso de assegurar "o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade". Inclusive, de assegurar em particular o pleno respeito da sua vida privada durante todas as fases do processo (art. 40.1.2).

Relevante notar que a promulgação da Lei 10.764/03 fez incluir no parágrafo único do art. 143, do ECA a vedação também à referência das iniciais do nome e do sobrenome do menor. Ora, se a referência às iniciais de nome e sobrenome é vedada expressamente, com muito mais razão deve ser sancionada a reportagem que acentua por sete vezes a imagem de adolescente, inclusive o retratando em câmera lenta na prática de ato infracional e lhe atribuindo o estigma de covarde.

Nesse contexto, a jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça efetivamente prestigiam o princípio da proteção integral da criança e adolescente, previsto nos artigos 143 e 247 do ECA.

A Terceira Turma do STJ reconheceu a caracterização automática do abuso do direito de informar na hipótese de publicação do nome e da imagem de menor morto, atribuindo-lhe autoria de ato infracional (AgRg no REsp 1354696/PR, DJe 31/10/2014).

Em sintonia com esse entendimento, a Quarta Turma do STJ reconheceu existir ato ilícito decorrente da veiculação em matéria jornalística da imagem de adolescente que praticou roubo em casa lotérica (REsp 1297660/RS, DJe 16/10/2015).

O Tribunal de origem, ao afastar a responsabilidade no particular porque os recorridos "apenas falaram a verdade sobre a conduta do menor em ato infracional", contrariou o entendimento do STJ sobre a matéria e negou vigência ao art. 143, do ECA, razão pela qual deve ser reformado.

Considerando que o primeiro grau de jurisdição teve amplo contato com as particularidades que envolvem a controvérsia, com a relevante participação do Ministério Público Estadual em defesa dos interesses do menor, deve ser restabelecida integralmente a sentença, sobretudo porque o valor de R$ 10.000,00

arbitrado a título de danos morais mostra-se razoável quando comparado a situações semelhantes julgadas pelo STJ (REsp 1217422/MG, Terceira Turma, DJe 30/09/2014; AgRg no REsp 1406199/SP, Quarta Turma, DJe 12/08/2016; AgRg no AREsp 87.698/RS, Quarta Turma, DJe 24/03/2015).[38]

4. Dano sexual

Chegamos ao momento de abordar e analisar o foco principal deste estudo: o dano sexual. Na introdução, percebemos a importância da questão relativa à questão da sexualidade, com base na doutrina estrangeira, que novamente trazemos como referencial teórico:

> Um grande número destas situações relacionam-se com traumatismos, como é o caso dos acidentes de viação. Ora, quando

---

[38] Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. INEXISTENTES. DIVULGAÇÃO DE IMAGEM DE ADOLESCENTE EM REPORTAGEM JORNALÍSTICA. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL. DANO MORAL. CONFIGURADO. ECA E CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DOS MENORES. PRIORIDADE ABSOLUTA. OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA.

1. Ação ajuizada em 30/09/2010. Recurso especial interposto em 08/07/2013 e atribuído ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73.
2. O propósito recursal consiste em decidir se: i) há violação de dispositivos constitucionais; ii) há negativa de prestação jurisdicional pelo Tribunal de origem; iii) há dano moral compensável, em razão de reportagem jornalística que identifica menor envolvido em briga em hospital público.
3. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88.
4. A preservação da imagem e da intimidade dos menores, em tenra idade ou prestes a alcançar a maturidade, é reflexo do comando constitucional da sua proteção integral, com absoluta prioridade em assegurar seus direitos fundamentais (arts. 227, da CF/88, 4º do ECA).
5. Independente do grau da reprovabilidade da conduta do menor, o Ordenamento Jurídico veda a divulgação de imagem de adolescentes a quem se atribua a autoria de ato infracional, de modo a preservar a sensível e peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.
6. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº. 1442083/ES. Rel. Min: Nancy Andrighi. Julgado em: 21/09/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1637105&num_registro=201400573068&data=20171002&formato=HTML>. Acesso em: 20 jul. 2018).

> nestes casos de etiologia traumática se apura eventual responsabilidade de terceiros, poderá haver lugar à avaliação médico-legal do dano corporal resultante para estas 1 Instituto Nacional de Medicina Legal, I.P. – Delegação do Norte 2 Faculdade de Medicina da Universidade do Porto 3 Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar – Universidade do Porto L. Sant os, T. Magal hães, D. Pi nt o da Cos t a, E. Mat os 36 vítimas, sendo em sede de Direito Civil que a maioria destas situações são avaliadas, tendo como objectivo a reparação integral dos danos sofridos, tal como consignado no artigo 562° do Código Civil Português. O momento da realização do exame médico-legal deve ser, por vários motivos, considerado privilegiado para o diagnóstico desta sequela.[39]

Enoque Ribeiro dos Santos apresenta a seguinte hipótese em relação ao dano sexual, ocorrido no âmbito do Direito do Trabalho:

> Para aprofundar ainda mais a análise deste caso hipotético, imaginemos que o trabalhador, em decorrência da doença profissional ou do acidente ficou impotente sexualmente. Daí, configurada a culpa da empresa, teremos uma hipótese de dano sexual em face da privação da esposa a uma vida sexual normal, que ostentava anteriormente ao evento danoso, fato que, por se constituir em um direito da personalidade levará à extensão da reparação à pessoa da esposa.[40]

Há definição sobre o dano sexual neste sentido:

> Antes de perquirir as conexões entre esse dano à vida de relação e a categoria dos danos extrapatrimoniais reflexos, importante defini-lo: consubstancia-se nas sequelas oriundas da perda da função sexual propria-
>
> mente dita (impotência sexual ou frigidez feminina), bem como da capacidade reprodutiva (esterilidade).[41]

---

[39] Santos, L.; Magalhães, T.; Costa, D. Pinto da; Matos, E. *O dano sexual: contributo para a avaliação médico-legal dos danos na pessoa.* Revista Portuguesa do Dano Corporal. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2008, p. 35-36. Disponível em: < https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33078/1/RPDC18_artigo3.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

[40] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.* Disponível em: < http://genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 10 jan. 2019.

[41] SILVA, Rafael Peteffi da; SANTOS, Aline Ávila Ferreira dos. Indenização do dano reflexo extrapatrimonial: situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa.

Em termos de prova da ocorrência, da verificação do dano sexual, devemos nos valer dos estudos da Medicina Legal:

> A avaliação do DS está, em grande parte, relacionada com a capacidade de diagnosticar uma disfunção sexual. As dificuldades neste diagnóstico, vastamente referidas na literatura de urologia, ginecologia e psiquiatria são, em grande medida, aquelas com que se depara a Medicina Legal.[42]

E assim se manifesta o aludido dano:

> É quantificado numa escala com sete graus de gravidade crescente (1/7 a 7/7), cuja fundamentação é obrigatória não só no capítulo da "Discussão" mas, também, através da descrição correcta e pormenorizada das queixas (funcionais e situacionais) e sequelas, nos respectivos capítulos (15). O DS pode manifestar-se através de perturbação do desejo, da excitação, do orgasmo ou de dor relacionada directamente com o acto sexual ou provocada por este, devido a sequelas resultantes do evento traumático ou, ainda, por dificuldades de posicionamento, devido também às sequelas traumáticas. Significa isto que, tendo sempre em conta o estado anterior da vítima, o papel do perito inclui a avaliação de eventual disfunção sexual pós-traumática ou perturbação da actividade sexual na dependência de sequelas consequentes ao evento traumático. Ou seja, avaliar o nexo de causalidade entre a perturbação do desempenho sexual descrita e o evento traumático em estudo. Pode considerar-se que o conceito de DS é um conceito mais alargado do que o conceito genérico de disfunção sexual, uma vez que, em algumas situações se encontram alterações da actividade sexual do indivíduo não contempladas nas várias classificações de disfunções sexuais.[43]

In: *Prisma Jurídico. Vol. 12, nº. 1.* São Paulo: 2013, p. 119. Parte superior do formulário Parte inferior do formulário

[42] Santos, L.; Magalhães, T.; Costa, D. Pinto da; Matos, E. *O dano sexual: contributo para a avaliação médico-legal dos danos na pessoa.* Revista Portuguesa do Dano Corporal. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2008, p. 36. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33078/1/RPDC18_artigo3.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

[43] Santos, L.; Magalhães, T.; Costa, D. Pinto da; Matos, E. *O dano sexual: contributo para a avaliação médico-legal dos danos na pessoa.* Revista Portuguesa do Dano Corporal. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2008, p. 39. Disponível em: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33078/1/RPDC18_artigo3.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

O Superior Tribunal de Justiça, em apenas dois casos, faz apenas menção ao dano sex*u*al,[44] mas sem o contexto, como se percebe de parte das razões de decidir abaixo transcritas:

> [...] 2. O recorrente tem razão em parte. A possibilidade da cumulação da indenização pelo dano estético com o deferimento de outra verba pelo dano moral está hoje pacificada no âmbito das duas Turmas da Segunda Seção deste Tribunal, conforme já expus no REsp nº 65.393/RJ:
>
> "1. Examino em primeiro lugar a questão do dano estético.
>
> Independente da nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial, e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano psíquico, dano estético, dano sexual, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida de relação etc, cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações, a verdade é que para o juiz essa disputa que se põe no âmbito da doutrina, essa verdadeira "guerra de etiquetas", de que nos fala Mosset Iturraspe ("El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad", Revista de Derecho Privado y Comunitário, 1/9) somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade lhe apresenta, a fim de melhor perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada do ponto de vista jurídico.
>
> No caso dos autos, é preciso determinar se os danos não físicos, decorrentes da amputação traumática das duas pernas, em um homem com menos de 40 anos, vigia, percebendo a média de 7,5 salários mínimos,
>
> casado, pai de dois filhos, estão suficientemente indenizados com a verba de um rendimento mensal por ano, a título de dano moral, nele embutido o dano estético, conforme determinado na sentença e confirmado pelo v. acórdão recorrido. [...].[45]

Em que pese haja pontos de encontro entre o dano existencial e o dano sexual, o primeiro frustra um projeto de vida: ter filhos, por exemplo (não impede a prática do ato sexual), já o segundo, parece ter relação com a impossibilidade do ato sexual, de sua realização.

---

[44] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. RESP nº. 256120. Rel. Min: RUY ROSADO DE AGUIAR. Publicado em: 01/09/2000. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%22DANO+SEXUAL%22&b=-DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em: 10 jan. 2019.

[45] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática. RESP nº. 226190. Rel. Min: RUY ROSADO DE AGUIAR. Publicado em: 01/02/2000. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=%22DANO+SEXUAL%22&b=-DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC1>. Acesso em: 10 jan. 2019.

O tema é rico: o ponto de encontro referido acima é a influência negativa na vida sexual da vítima, em um primeiro momento. A vida sexual, portanto, resta comprometida de forma nefasta.

5. Conclusão

Levando em consideração o estudo científico, médico, trazido pela doutrina estrangeira sobre o dano sexual, em um primeiro momento, percebe-se que a vítima de um acidente grave, por exemplo, é quem sofre suas consequências.

Contudo, é plenamente viável juridicamente que o (a) esposo (a) da vítima que sofre om dano, cujas sérias consequências sejam a perda da vida sexual, atinja, de maneira reflexa, o (a) esposa (a). É o que se entende por dano reflexo ou por ricochete. Afinal, a privação sexual que ocorre na vítima através da ofensa, do evento danoso, evidentemente atinge o (a) outro (a) integrante da relação, disso não há dúvidas, caracterizando, então, o mencionado dano em ricochete.

A questão se coloca, em termos desta conclusão é: se trata a ofensa que priva a vida sexual de determinada pessoa em dano imaterial puro, ou seria tal privação uma modalidade autônoma: o dano sexual, ou então uma consequência do fato lesivo? Poderia haver uma dupla condenação no sentido de reparação de danos decorrente do mesmo fato, que não caracterizaria o denominado *bis in idem*?

Bem, o fato é que parecer surgir sim uma nova modalidade (e não somente consequência), de dano imaterial: um dano autônomo, denominado de sexual. Evidente que não temos a intenção de esgotar o tema, mas sim ajudar, contribuir para com o plantio sadio desta semente, para que, no futuro próximo, a colheita seja a mais bela e farta, contribuindo para o desenvolvimento do estudo desta área tão rica e dinâmica, que é a Responsabilidade Civil. Que venham os debates!

Referências

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil.* 12. ed. DIAS, Rui Berford (atual). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil: direito civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos de personalidade.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil.* São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil:* parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. I.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil.* BRITO, Evaldo (atual). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 4: responsabilidade civil.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito civil:* parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *O Dano extrapatrimonial na Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista.* Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/22/o-dano-extrapatrimonial-na-lei-13-4672017-da-reforma-trabalhista/>. Acesso em: 10 jan. 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil:* responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Clóvis do Couto E. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: *Revista dos Tribunais, ano 80: maio de 1991: vol. 667*, p. 7. São Paulo: 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* 10. ed. TEPEDINO, Gustavo (atual). Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da; SANTOS, Aline Ávila Ferreira dos. Indenização do dano reflexo extrapatrimonial: situação do Direito brasileiro em perspectiva comparativa. In: *Prisma Jurídico. Vol. 12, nº. 1.* São Paulo: 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTOS, L.; Magalhães, T.; Costa, D. Pinto da; Matos, E. *O dano sexual: contributo para a avaliação médico-legal dos danos na pessoa.* Revista Portuguesa do Dano Corporal. Imprensa da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2008. Disponível em: < https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33078/1/RPDC18_artigo3.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil comentado.* São Paulo: Atlas, 2011.

WALD, Arnoldo; GIACOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil: volume* 7. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Dano Médico e Dano Hospitalar:

a responsabilidade objetiva mitigada dos hospitais por dano médico enquanto proposta de harmonização entre o caput e o §4° do art. 14 do CDC

Maurilio Casas Maia[1]

1. Introdução[2]

A responsabilidade objetiva[3] dos hospitais é assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Trata-se de posição fixada há longa data pelo referido Tribunal, conforme se exemplifica com caso noticiado[4] pelo sítio eletrônico do STJ em 11/9/2013, no

---

[1] Doutorando em Direito Constitucional e Teoria Política (UNIFOR) e Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Pós-graduado *lato sensu* em "Direitos Civil e Processual Civil" e em "Direito Público: Constitucional e Administrativo". Professor de Teoria Geral do Processo (TGP) e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM) e Defensor Público estadual no Amazonas (DP--AM). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Colunista no sítio eletrônico Empório do Direito. Ex-assistente jurídico de desembargador (TJ-AM) e ex-advogado privado.

[2] Trata-se de ampliação e atualização do seguinte artigo: CASAS MAIA, Maurilio. A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexo causal na harmonização entre o caput e o § 4.° do art. 14 do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 99, p. 233–257, Mai.-Jun., 2015.

[3] "(...) 2. A responsabilidade de hospitais e clínicas por danos decorrentes dos serviços neles prestados é objetiva, e independe da demonstração de culpa dos profissionais médicos envolvidos no atendimento. A responsabilidade destes é verificada conforme o art. 14, § 4°, do CDC. Já a responsabilidade do estabelecimento de saúde é disciplinada no § 3° do mesmo dispositivo. Precedentes. (...)". (STJ, AgInt no AREsp 1071499/DF, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, T3, j. 27/2/2018, DJe 9/3/2018).

[4] O processo tramitou em segredo de Justiça e não teve sua numeração revelada, razão pela qual segue transcrição de trecho da referida notícia exposta no sítio eletrônico do Tribunal da Cidadania: "A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve decisão judicial que reconheceu a responsabilidade objetiva de hospital em

qual se tratou da responsabilidade hospitalar, ressaltando que a responsabilidade nosocomial não é subjetiva, resguardando esta somente aos "médicos contratados pelo paciente, não extensiva aos hospitais, que devem responder sob a luz da regra geral" – conforme palavras do relator Paulo de Tarso Sanseverino –, pois se trataria de norma de exceção no sistema consumerista.

Por meio do recurso especial, o nosocômio alegava ofensa ao parágrago 4° do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), argumentando que a resposabilidade hospitalar pelo ato médico obedeceria ao regime de exceção do CDC. Entretanto, durante o sobredito julgamento, o ministro relator teria aduzido que, embora controversa a natureza da responsabilidade civil do hospital na condição de prestador de serviço, não haveria como enquadrar o Hospital nesse regime subjetivo. Por outro lado, nem sempre foi assim no âmbito do Tribunal da Cidadania...

No julgamento do AgRg no Ag 721956/PR, por exemplo, o STJ ponderou ser *subjetiva* a *responsabilidade hospitalar*[5] – o caso tratava de infecção comprovadamente causada por culpa médica. No mesma linha de raciocínio, no julgamento do REsp 258389/SP a conclusão superior foi no sentido de que a "*responsabilidade dos hospitais*, no que tange à atuação

episódio que resultou na amputação parcial da perna de uma criança, portadora de Síndrome de Down, que havia sido internada para cirurgia cardíaca. Com a decisão, o hospital deve pagar pensão vitalícia e indenizar o paciente por danos morais e estéticos. Em 2007, com apenas um ano e cinco meses, o paciente foi submetido a cirurgia por causa de sopro no coração. Durante a recuperação, apresentou uma lesão na perna, mas ainda assim teve alta. No mesmo dia, após algumas complicações, a mãe levou a criança a outro hospital, onde foi constatada infecção generalizada e risco de morte. O paciente foi, então, imediatamente transferido de volta para o hospital onde a cirurgia fora realizada. O menor permaneceu hospitalizado por mais 25 dias e foi submetido a mais duas cirurgias, uma no abdome e outra na perna esquerda, que apresentava sinais de gangrena e trombose. Antes de sua total recuperação, obteve a segunda alta indevida, que também resultou em piora significativa. Na terceira internação, foi amputada parte da perna. (...)A sentença de primeira instância julgou os pedidos procedentes e condenou hospital ao pagamento de R$ 60 mil por danos morais, R$ 40 mil por danos estéticos e pensão vitalícia de um salário mínimo, a partir de quando o paciente completar 14 anos (...)". (Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=111182>. Acesso em: 29 Out. 2013).

[5] "(...) 1. Em casos como o dos autos, esta eg. Corte tem entendimento firmado no sentido de que a responsabilidade do hospital é subjetiva. (...)". (STJ, AgRg no Ag 721.956/PR, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região), 4ª Turma, j. 7/8/2008, DJe 15/9/2008).

técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, *é subjetiva*"[6]-[7].

A subjetivação da responsabilidade hospitalar, entretanto, foi rechaçada pela jurisprudência do STJ sob o argumento de que a exceção prevista no § 4° do art. 14 do CDC – responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais –, é restrita aos médicos, não sendo viável a interpretação extensiva de regra de exceção[8]. Contudo, não obstante concorde-se com o atual posicionamento do STJ no sentido de que a responsabilidade hospitalar é objetiva, é preciso indagar como harmonizar a responsabilidade médico-subjetiva (§ 4° do art. 14 do CDC) com a responsabilidade objetiva do *caput* artigo 14 do CDC. Isso porque soa como contrassenso afirmar que um ato médico danoso não foi praticado por culpa do esculápio e ainda assim responsabilizar o ente nosocomial, como se segurador universal fosse de todos os danos. O problema que se deseja responder é: *Como compatibilizar a responsabilidade hospitalar objetiva por ato médico com o regime de regime subjetivo de apuração do atuar dos profissinais liberais?*

Para responder à sobredita indagação, perquirir-se-á, em um primeiro momento, a distinção ente o *dano médico* e o *dano hospitalar* para, em seguida, apurar a responsabilidade objetiva dos hospitais – à luz da jurisprudência do tribunal da cidadania –, e também a responsabilidade objetiva mitigada, vista nas entrelinhas do cojeto jurisprudencial do

---

6 STJ, REsp 258389/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 16/6/2005, DJ 22/8/2005, p. 275.

7 A posição foi reiterada tempos depois no seguinte precedente: "(...) 4. 'O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor'. (REsp 1.216.424/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011) 5. No caso, a Corte local apurou que a oxigenoterapia era tratamento premente e essencial à preservação da vida do autor e que 'não há como estabelecer como único vínculo para a retinopatia de prematuridade a utilização da oxigenoterapia, pois além deste fator, no presente caso, a apelante também nasceu com insuficiência respiratória grave, sendo imprescindível naquele momento afastar o risco de morte' e o acórdão impugnado, com base em laudo pericial, consignou que "o oxigênio somente não é suficiente nem necessário para desencadear retinopatia da prematuridade, e o nível seguro de oxigênio ainda não foi determinado" pela Ciência, de modo que só se concebe a revisão da decisão por meio do reexame provas, obstado pela Súmula 7/STJ. (...)." (STJ, REsp 992.821/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, T4, j. 14/8/2012, DJe 27/08/2012).

8 Nesse sentido: STJ, REsp 986.648/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 10/5/2011, DJe 2/3/2012.

Tribunal gaúcho e também do STJ, como hipótese de harmonização do *caput e do § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se aqui de problema relevante para ordem jurídico-consumerista, tendo levado a doutrina*[9] à afirmar que definir os contornos da responsabilidade pessoal do profissional liberal e da pessoa jurídica a que ele pertence é "questão de extrema dificuldade".

Distante de esgotar as controvérsias sobre tema tão polêmico nos tribunais, a ideia aqui é lançar novas luzes sobre o debate e reaquecê-lo a fim de que se implemente a verdadeira justiça e harmonização dos interesses dos pacientes-consumidores e entidades nosocomiais.

2. Danos Médicos e Danos Hospitalares

Na seara da responsabilidade médico-hospitalar existe uma classificação bipartida dos danos ao paciente muito útil para fins de verificação do regime de responsabilidade da entidade hospitalar ao qual o médico é vinculado. A retrocitada classificação bipartida tem por fundamento a distinção de danos a partir de sua *origem*. Dessa forma, se o dano foi originado de atividade tipicamente hospitalar, o dano deverá ser denominado *dano hospitalar*. Por outro lado, originando-se o dano de ato tipicamente médico, chamar-se-á *dano médico*.

A distinção entre dano médico e dano hospitalar foi implicitamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, quando a 1ª Seção delimitou, no âmbito tributário, *serviços tipicamente hospitalares* como "aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos" (STJ, REsp 951251/PR[10], Rel. Min. Castro Meira, 1ª Seção, j. 22/4/2009, DJe 3/6/2009).

Mas não somente na área tributária se distinguiu a atividade tipicamente *hospitalar* da atividade *médica*, tal distinção também pode ser verificada na área da resposabilização civil. Assim, no Recurso Especial

---

[9] Miragem, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 552.

[10] No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1167261/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, j. 3/2/2011, DJe 18/2/2011; STJ, REsp 1.116.399/BA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 24/2/10.

nº. 1145728[11], falou-se da *responsabilização por ato próprio* do hospital a partir de obrigações "assumidas diretamente pelo complexo hospitalar", as quais "limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente" – exatamente nesse ponto se nota a existência dos *serviços tipicamente hospitalares*. Como *dano hospitalar* podem ser citadas as infecções hospitalares, os danos ocorridos na hospedagem e ainda no transporte interno por meio de maqueiros, entre outros.

Por outro lado, o *serviço tipicamente médico*, conforme se pode verificar do mesmo retrocitado julgado (REsp nº. 1145728), é representado por atos de natureza técnica a cargo dos médicos, enquanto profissionais liberais. Dessa forma, caso o dano deflua desse ato estritamente técnico e a cargo do médico[12], configurar-se-á o chamado *dano médico*, porquanto originado do esculápio. O *dano médico* pode ser visualizado no erro de diagnóstico, na amputação de membro ou órgão que não seja o programado e em outros afeitos estritamente à técnica do profissional liberal.

A partir da caracterização do que seria serviço tipicamente hospitalar e serviço médico, pode-se então reiterar a útil proposta de Gustavo Tepedino[13], na qual o dano suportado pelo paciente poderá ser catalogado como (I) *dano hospitalar* – de origem na atividade de hospedagem do paciente e realização de exames –, ou como (II) *dano médico*, oriundo do ato médico propriamente dito. Destarte, todos os danos originados do serviço hospitalar devem ser catalogados como danos hospitalares, excluindo-se, claro, as atividades tipicamente médicas, originadoras do dano médico.

Indaga-se: Mas qual seria a utilidade da dinstinção entre o dano médico e hospitalar?

Em verdade, reconhecer o que é dano hospitalar e diferenciá-lo do dano médico é questão de grande repercussão prática, pois, como ressaltado pelo STJ no Recurso Especial n. 1019404[14], a "clínica não

---

[11] STJ, REsp 1145728/MG, Rel. Min. João Otávio Noronha, Rel. p/ acórdão min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 28/6/2011, DJe 8/9/2011.

[12] Atualmente, sobreleva-se e urge estudo jurídico aprofundado sobre os efeitos da Lei 12.842, de 10 de julho de 2013 ("Lei do Ato Médico"), a qual regula a medicina e delimita quais seriam os atos privativos dos médicos no território brasileiro.

[13] Tepedino, Gustavo. A Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 98.

[14] Por oportuno, deve-se registrar que no Recurso Especial nº. 1019404, o STJ reconheceu inexistir vínculo entre os médicos e o hospital no qual fora prati-

é responsável por erro exclusivo do médico", tudo porque, asseverou o ministro relator João Otávio Noronha, "deve-se avaliar se o serviço tido por defeituoso se inseria entre aqueles de atribuição da entidade hospitalar" ou somente no âmbito de diligência do médico. O caso ora comentado se referia à situação em que "diagnosticada via tomografia computadorizada com hérnia de disco, a paciente acabou sendo operada na vértebra errada", acarretando o pagamento de indenização compensatória de danos morais no valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) somente por parte dos médicos – e não da clínica – por existir dano médico decorrente de imperícia e nenhum dano de origem hospitalar em sentido estrito.

Em outra decisão mais recente, o STJ ressaltou a importância da distinção da origem do dano: "Se os danos suportados pela autora decorrem de falha na prestação do serviço hospitalar pelas sociedades empresárias envolvidas, e não de erro médico, a responsabilidade é objetiva, sendo desnecessária a verificação da culpa" (STJ, AgRg no AREsp 281.610/RN, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 7/3/2013, DJe 14/3/2013). Nas próximas páginas, serão apresentados os pressupostos específicos de responsabilizaçao hospitalar a partir da classificação ora consignada, de modo a reforçar sua utilidade.

3. A Responsabilidade hospitalar objetiva – a regra

A responsabilidade objetiva é aquela forma de apuração da responsabilidade dos agentes causadores de dano que não dependem da análise do elemento subjetivo denominado culpa. Dessa forma, para a configuração da responsabilidade hospitalar se faz necessária a presença dos seguintes pressupostos: o defeito na prestação do serviço configurado em um ato comissivo ou omissivo do nosocômio, o dano e o nexo de causalidade entre os elementos anteriores.

No mercado de consumo, a responsabilidade nosocomial por ato próprio se cinge, principalmente, à adequação dos serviços prestados, seja em relação aos recursos humanos ou em relação aos recursos materiais. Nesse caso, a responsabilidade a ser aferida é objetiva, perquirida

---

cado o dano médico. Por isso, a distinção entre dano médico e dano hospitalar se mostrou ainda mais relevante para fins de afastamento da responsabilidade civil do nosocômio.

sem análise do elemento subjetivo, a culpa, nos termos do art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Dessa maneira, a cadeia de serviços nosocomiais[15], pela qual o ente hospitalar se responsabiliza, inclui o fornecimento de centro cirúrgico, de equipe técnica, medicamentos, hotelaria[16], além dos serviços médicos propriamente ditos.

Nesse quadro, por exemplo, o ente hospitalar tem o dever de supervisionar as necessidades da saúde do paciente, promovendo o devido acompanhamento do enfermo e efetivamente prestando o serviço adequado por meio de seus prepostos. Destarte, não supervisionar as necessidades do enfermo pode caracterizar negligência hospitalar, fato gerador de responsabilidade nosocomial por "ato próprio", conforme foi mencionado no Recurso Especial nº. 1145728/MG, retrotranscrito.

No seio da atividade consumerista, a regra é que a responsabilidade hospitalar seja de índole objetiva. Essa é a regra extraível do artigo 14, *caput*[17], do Código de Defesa do Consumidor, sendo amplamente aplicada pela jurisprudência nacional, especialmente pleo Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes acórdãos: AgRg no AREsp 292.607/MT, rel. min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 16/4/2013, DJe 2/5/2013; AgRg no AREsp 182.368/DF, rel. min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 23/10/2012, DJe 12/11/2012; REsp 801.691/SP, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 6/12/2011, DJe 15/12/2011; REsp 696.284/RJ, rel. min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 3/12/2009, DJe 18/12/2009.

---

[15] O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas já apresentou pequena lista de alguns serviços tipicamente hospitalares: "(...) estadia do paciente, a internação, as instalações, equipamentos ou outros serviços auxiliares (...)" (trecho de voto da relatora, TJ/AM, Apelação Cível nº. 2011.000872-5, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Maria das Graças Pessôa Figueiredo, j. 25/5/2011).

[16] "(...) A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento. (...)". (REsp 1216424/MT, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 9/8/2011, DJe 19/8/2011).

[17] CDC, Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº. 1173058/DF[18], implicitamente entendeu – lastreado no enunciado 283[19] do Supremo Tribunal Federal –, existir negligência pelo não acionamento de médico plantonista e enfermeiro obstétrico em situação de emergência como fundamento bastante para a caracterização da responsabilidade nosocomial por consequentes lesões físicas e neurológicas irreversíveis à criança. Também se considerou ato negligente a ausência de atenção hospitalar hábil a reconhecer e tratar tempestivamente quadro depressivo que acometeu paciente internado com câncer, levando-o ao suicídio, conforme consta do Recurso Especial 494.206/MG[20]. Portanto, os retrocitados julgados trataram da responsabilidade em decorrência do mau funcionamento do serviço hospitalar em sentido estrito, na qual a responsabilidade deve ser perquirida sem aferição de culpa.

Dessa forma, em matéria consumerista, deve-se considerar que a responsabilidade hospitalar é objetiva, nos termos da jurisprudência e doutrina dominante no Brasil. Entretanto, a afirmação retrotranscrista não impede a análise da responsabilidade hospitalar objetiva com mitigações, à luz de uma leitura harmônica entre o *caput* e o parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor – é o que se analisa no item seguinte.

4. A Responsabilidade Objetiva mitigada ou temperada dos Hospitais nos danos médicos

---

[18] "(...) 1. O fundamento do acórdão recorrido, qual seja, o fato de haver negligência do hospital em acionar plantonista e enfermeira obstétrica diante da situação de emergência não foi rebatido nas razões do especial, atraindo a incidência da Súmula 283 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles". 2. Entender de maneira diversa, pela ausência de culpa própria do hospital - cuja conduta implicou omissão de socorro -, demanda o revolvimento de todo o suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". (...)" (REsp 1173058/DF, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22/11/2011, DJe 1/2/2012).

[19] "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (Enunciado 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal).

[20] "(...) Na hipótese de ausência de qualquer providência por parte do hospital, é possível responsabilizá-lo pelo suicídio cometido pela vítima dentro de suas dependências. (...)". (REsp 494.206/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 16/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 361).

A responsabilidade objetiva do ente nosocomial, caracterizada pela total ausência de análise do elemento subjetivo, sobressai irretocável nos casos de dano hospitalar. Entretanto, existem ainda os danos médicos oriundos do atuar privativo e técnico dos multicitados profissionais liberais da saúde. Sobre os danos médicos, impõe-se consignar que *a responsabilidade hospitalar independe da culpa da respectiva casa de saúde.* Nesse sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 801.691/SP, rel. min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 6/12/2011, DJe 15/12/2011[21]; REsp 696.284/RJ, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª, j. 3/12/2009, DJe 18/12/2009; REsp 883.685/DF, rel. min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 5/3/2009, DJe 16/3/2009; REsp 400.843/RS, rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 17/2/2005, DJ 18/4/2005, p. 304; REsp 259.816/RJ, rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 22/8/2000, DJ 27/11/2000, p. 171.

Responde, então, o hospital objetivamente pelo dano médico, ou seja, sem análise da culpa hospitalar. Todavia, uma inquietante indagação pode causar perplexidade: Um hospital poderia responder objetivamente por um dano médico *sem* que o profissional liberal tenha laborado com culpa?

Para que se encontre a resposta mais justa ao questionamento apontado acima, basta se imaginar um *dano médico inevitável e necessário* – um bom exemplo disso é a retirada da mama (mastectomia) em decorrência de neoplasia maligna (câncer). Em tais casos haverá dano médico, o *dano iatrogênico*[22] em sentido estrito, todavia, inexistindo culpa do clínico, não se cogita a responsabilidade pelo dano médico. Em outras palavras, *jamais se deve cogitar a responsabilização hospitalar por dano médico se inexistente culpa do profissional liberal.* É que dano médico sem culpa do liberal não enseja reparação pecuniária no âmbito jurídico.

Convém salientar que condicionar a responsabilização nosocomial por dano médico à culpa do esculápio *não torna a responsabilidade do nosocomio subjetiva*, porquanto a *culpa* perquirida é *alheia* (do médico) e não

---

[21] "(...) 1. A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade do profissional plantonista, havendo relação de preposição entre o médico plantonista e o hospital. Precedentes. (...)". (REsp 801.691/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 6/12/2011, DJe 15/12/2011).

[22] "(...) a iatrogenia, ou doença iatrogênica, cujo dano, ocasionado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, através do uso de técnicas e de fármacos necessários para vencer crises ou surtos não caracterizaria, ao revés, a responsabilidade civil (...)". (Carvalho, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob enfoque da responsabilidade civil.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 6).

própria da pessoa jurídica. Há, portanto, um enfraquecimento da responsabilidade objetiva em decorrência da análise da culpa alheia, razão pela qual se tem aqui a chamada *responsabilidade objetiva mitigada* ou *temperada*[23].

Com efeito, na responsabilidade hospitalar objetiva mitigada por dano médico, a culpa do esculápio é, ao mesmo tempo, o *defeito* [24]na prestação de serviço e o *nexo causal*[25] entre a atividade hospitalar e o dano médico suportado pelo paciente. Sem culpa do profissional liberal pelo dano médico não haverá responsabilização hospitalar, sob pena de tornar a casa de saúde um segurador universal de danos à saúde na atividade médico, mesmo quando inexistente defeito (culpa pelo dano médico). Certamente, o ônus da prova de se demonstrar a *culpa médica* como *defeito* é do fornecedor de serviços, nos termos do inciso I[26] do § 3° do artigo 14 do CDC, de modo que não se pode imputar tal ônus ao hipervulnerável[27] paciente-consumidor.

A solução aqui proposta tem por escopo maior compatibilizar a responsabilidade subjetiva do médico (§4°, art. 14, CDC) com a responsabilidade objetiva nosocomial pelos multicitados *danos médicos*, não se tratando de inovação na medida em que a jurisprudência vem reconhecendo tal fenômeno, ainda que implicitamente. Nesse compasso, serão

---

[23] Vasconcelos, Fernando Antônio. Maia, Maurilio Casas. Algumas Peculiaridades da relação de consumo médico-paciente na visão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In:Vasconcelos, Fernando Antônio (Coord.). Durães, Hebert Vieira (Org.). *Temas Relevantes de Direito do Consumidor*: doutrina e jurisprudência. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 59.

[24] Bruno Miragem registrou a existência de corrente jurídica que vincula a caracterização do *defeito* necessário à responsabilização hospitalar por dano decorrente do atuar médico à existência de culpa do profissional liberal, segue a referência: Miragem, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 552-553.

[25] "(...) não se está diante nem da responsabilidade objetiva comum e muito menos frente à responsabilidade subjetiva normal. Fala-se aqui de responsabilidade objetiva mitigada ou temperada, pela qual o prestador de serviços, embora respondendo objetivamente (CDC, art. 14, *caput*), tem como nexo de causalidade para configuração de sua responsabilidade a culpa do profissional médico (CDC, art. 14, § 4°). A culpa alheia – do médico – é perquirida a título de nexo causal, devendo a culpa hospitalar ser ignorada, nos termos prelecionados pelo Código de Defesa do Consumidor." (Vasconcelos, Fernando Antônio. Maia, Maurilio Casas. *ibidem*, p. 59).

[26] CDC, "Art. 14. (...)§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;"

[27] Sobre a hipervulnerabilidade do paciente vide: Maia, Maurilio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 22, v. 86, p. 203-232, Mar.-Abr. 2013.

apresentados a seguir os sinais da presença da responsabilidade objetiva mitigada na jurisprudência do STJ e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS).

4.1. A responsabilidade objetiva mitigada no Superior Tribunal de Justiça

A responsabilidade do médico – enquanto profissional liberal –, é de índole subjetiva, apurada mediante aferição da culpa nos termos do § 4º[28] do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de verdadeira "regra de exceção" no sistema consumerista, conforme leciona Rui Stoco[29]. Dessa maneira, a responsabilidade do médico, em regra, é analisada pressupondo-se que sua obrigação é de empenhar todos os cuidados necessários para o sucesso do tratamento, sem obrigar-se pelo alcance do resultado[30]. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica: REsp 236708/MG[31], Rel. Min. Carlos Fernando Mathias

---

[28] Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

[29] "Como a responsabilidade pessoal do médico pela prestação de serviços deve ser apurada mediante culpa, por força de regra de exceção do art. 14, § 4°, do CDC (...)". (Stoco, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., 2011, p. 643).

[30] "(...) 2. *A obrigação do médico, em regra, é de meio*, isto é, o profissional da saúde assume a obrigação de prestar os seus serviços atuando em conformidade com o estágio de desenvolvimento de sua ciência, com diligência, prudência e técnicas necessárias, utilizando os recursos de que dispõe - elementos que devem ser analisados, para aferição da culpa, à luz do momento da ação ou omissão tida por danosa, e não do presente-, de modo a proporcionar ao paciente todos os cuidados e aconselhamentos essenciais à obtenção do resultado almejado. 3. Portanto, como se trata de obrigação de meio, *o resultado final insatisfatório alcançado não configura, por si só, o inadimplemento contratual*, pois a finalidade do contrato é a atividade profissional médica, prestada com prudência, técnica e diligência necessárias, devendo, para que exsurja obrigação de indenizar, ser demonstrada a ocorrência de ato, comissivo ou omissivo, caracterizado por erro culpável do médico, assim como do nexo de causalidade entre o dano experimentado pelo paciente e o ato tido por causador do dano. (...)". (REsp 992.821/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j.14/8/2012, DJe 27/8/2012, g.n.)

[31] "(...) 2. *A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios*, posto que *objeto do contrato* estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o *compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância*

(Juiz federal convocado - TRF-1ª), 4ª Turma, j. 10/2/2009, DJe 18/5/2009; REsp 1184932/PR[32], Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 13/12/2011, DJe 16/02/2012; REsp 1104665/RS[33], Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 9/6/2009, DJe 4/8/2009; AgRg no Ag 1402439/RS[34], Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 27/3/2012, DJe 10/4/2012.

A culpa, portanto, é pressuposto inarredável da responsabilidade subjetiva do médico por descumprimento de suas obrigações contratuais. Aliás, questão pertinente é saber se, firmada a responsabilidade do médico como subjetiva – por ter como pressuposto a conduta culposa por descumprimento de seus deveres profissionais –, a obrigação de meio do facultativo transmuda-se em obrigação de resultado sob a perspectiva objetiva da responsabilidade nosocomial.

Pois bem, sobre o tema, registre-se que o regime de responsabilidade, seja ele de ordem subjetiva ou objetiva, repercute somente na necessidade de perquirição da culpa, mas não no tipo de obrigação contratada. Ou seja, a definição da obrigação contratual como sendo de meio ou de resultado, não depende do regime de responsabilidade. Nessa linha de raciocínio, traz-se trecho de voto do Ministro Luís Felipe Salomão no Recurso n. 992.821[35]: "(...) a *responsabilidade objetiva* da sociedade empresária do ramo da saúde *não equivale à imputação de uma obrigação de resultado*, mas apenas

---

com a ciência médica na busca pela cura. (...)" (REsp 236708/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF da 1ª região), 4ª Turma, j. 10/2/2009, DJe 18/5/2009, g.n.).

[32] "(...) 2. *O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim* (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), *o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva*, portanto. (...)." (STJ, REsp 1184932/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 13/12/2011, DJe 16/2/2012, g.n.)

[33] "(...). I - *A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral* (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), *obrigação de meio*, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, *tratando-se de responsabilidade subjetiva*; (...)" (REsp 1104665/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 9/6/2009, DJe 04/08/2009, g.n.).

[34] "(...). RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. *RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS PREPOSTOS.* (...)". (AgRg no Ag 1402439/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 27/3/2012, DJe 10/4/2012, g.n.).

[35] REsp 992.821/SC, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma , j. 14/8/2012, DJe 27/8/2012, g.n.

lhe impõe o dever de indenizar quando o evento danoso proceder de defeito do serviço, sendo cediça a imprescindibilidade do nexo causal entre a conduta omissiva ou comissiva e o resultado (...)".

No sobredito Recurso Especial nº. 992.821 se podem verificar alguns vestígios de *responsabilidade objetiva mitigada* ao se impedir que a obrigação médica de meios se converta, inadvertidamente, em obrigação de resultado para fins de responsabilização nosocomial. Isso porque se exigiu a existência de defeito na prestação do serviço médico-hospitalar para responsabilizar o hospital. Conforme antedito, *no contexto dos danos médicos, a culpa é verdadeiro defeito*, cabendo o ônus da prova ao fornecedor de serviços hospitalares (CDC, art. 14, § 3º, inciso I). Da mesma forma, o Tribunal da Cidadania ressaltou que o "reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital *não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado* (...)", nos termos do entendimento exarado no Recurso Especial nº. 1216424/MT[36]. Em outras palavras, implicitamente se reconheceu que a diligência e culpa médica devem ser perquiridas para que se verifique a existência de eventual defeito na prestação de serviço e de responsabilidade hospitalar por dano médico.

No julgamento do Recurso Especial nº. 908.359/SC, os vestígios da *responsabilidade objetiva mitigada* são reforçados porque o precedente repele a ideia segundo a qual o nosocômio seria verdadeiro segurador universal do paciente em caso de infortúnios médicos – ditou-se no voto vencedor: "(...) No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. (...)". (REsp 908.359/SC, Rel. Min. Nancy Andrigui, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, j. 27/8/2008, DJe 17/12/2008).

Em outras palavras, o Tribunal da Cidadania repeliu a responsabilidade hospitalar por dano médico quando inexistente culpa do profissional liberal, porquanto configuraria patente injustiça obrigar o nosocômio a indenizar o paciente por dano não decorrente de culpa médica, dano esse por muitas vezes necessário, como ocorre na mastectomia (retirada dos seios) para impedir o avanço da neoplasia maligna (câncer).

---

[36] REsp 1216424/MT, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 9/8/2011, DJe 19/8/2011, g.n.

Em harmonia com a teoria da responsabilidade hospitalar objetiva mitigada e apresentando-se a culpa médica como pressuposto do dever de indenizar nosocomial, ditou o Superior Tribunal de Justiça: "*Uma vez caracterizada a culpa do médico* que atua em determinado serviço disponibilizado por estabelecimento de saúde (art. 14, § 4°, CDC), *responde a clínica de forma objetiva* e solidária pelos danos decorrentes do defeito no serviço prestado, nos termos do art. 14, § 1°, CDC (...)". (REsp 605.435/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22/9/2009, DJe 16/11/2009). No mesmo sentido, o seguinte julgado da Corte Superior: REsp 696.284/RJ[37], Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 3/12/2009, DJe 18/12/2009.

Em data mais recente, o STJ reafirmou que na apuração da responsabilidade civil por ato (e dano) médico em face da pessoa jurídica (hospital), deve-se apurar a culpa do médico, nos termos do § 4° do art. 14 do CDC. Ou seja, há coincidência substancial com a propalada "responsabilidade objetiva mitigada hopitalar" exposta no presente texto. Transcreve-se trecho pertinente:

> "(...) 2. Ação de compensação por danos morais, cuja causa de pedir se refere a *erro médico* que deixou, na cirurgia, pedaço de metal no joelho do paciente, ocasionando dores, perda temporária da deambulação e submissão a nova cirurgia de remoção do corpo estranho. (...). 4. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a *obrigação de meio do médico*, em obrigação de resultado, pois *a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico integrante de seu corpo clínico*, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. (...)". (STJ, REsp 1662845/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, T3, j. 22/3/2018, DJe 26/3/2018, g.n.).

Assim sendo, a responsabilidade hospitalar, dessa maneira, pode derivar de serviços tipicamente nosocomiais ou estritamente médicos, não sendo possível imputar a responsabilidade ao hospital se inexiste falha nos serviços tipicamente nosocomiais – no caso do *dano hospitalar* em

---

[37] "(...) 2.- *A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista* (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento. (...)" (REsp 696.284/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 3/12/2009, DJe 18/12/2009, g.n.).

responsabilidade objetiva tradicional –, ou se não foi detectado qualquer defeito na atuação do profissional liberal, no caso do dano médico por responsabilidade objetiva mitigada, figurando a culpa médica como defeito do serviço e nexo de causalidade entre o ato culposo do preposto do nosocômio e o dano suportado pelo paciente.

4.2. A Responsabilidade objetiva mitigada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

A escolha do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) para análise jurisprudencial da responsabilidade objetiva mitigada não se deu de forma aleatória. Ao contrário, o Tribunal Gaúcho foi selecionado por conter em seu bojo diversas referências à responsabilidade objetiva mitigada ou temperada, conforme será demonstrado a seguir.

Provavelmente, é na Apelação Cível Nº 70029719267, julgada em 9 de dezembro de 2009 e relatada pelo desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, o primeiro registro de referência[38] mais próximo à responsabilidade hospitalar objetiva mitigada. O dano médico seria oriundo de erro de diagnóstico em se constatar a ocorrência de apendicite aguda. Ressaltou o Soldalício gaúcho naquela ocasião: "(...) *Em caso de responsabilidade civil de hospitais* e clínicas médicas em geral, *por ato de seus prepostos no exercício da medicina*, embora a pessoa jurídica responda objetivamente nos termos do CDC, *quando o ato decorre do exercício da atividade médica, a responsabilidade deve ser precedida do exame da culpa subjetiva do profissional da medicina*". Ora, ao descrever a necessidade da apuração da culpa médica como pressuposto da responsabilidade hospitalar objetiva, o retrocitado gaúcho não fez outra coisa senão descrever a responsabilidade objetiva mitigada, nos termos aqui explanados.

No entanto, foi no dia 25 de julho de 2012, durante o julgamento da Apelação Cível nº 70048073175, relatada também pelo retrocitado desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, que se pode observar referência expressa ao temperamento da responsabilidade objetiva dos nosocômios nos seguintes termos: "(...) Responsabilidade objetiva dos hospitais *mitigada*

---

[38] Em julgado datado de 26 de junho de 2003 e relatado pelo desembargador Roque Miguel Fank, há menção ao termo responsabilidade objetiva mitigada. Entretanto, tal referência não ocorreu no mesmo contexto que o presente, relacionando-se à queda de passageiro de transporte coletivos urbanos. Nesse sentido conferir: TJRS, Apelação Cível Nº 599315207, 11ª Câmara Cível, TJRS, rel. Roque Miguel Fank, J. 25/6/2003.

pela responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais (médicos) que neles atuam (...)". O trecho retrotranscrito da ementa indica, sem dúvida, que o Tribunal de Justiça do extremo sul brasileiro visualizou a necessidade de compatibilizar a responsabilidade objetiva dos hospitais decorrentes do dano médico à subjetividade da culpa dos proissionais liberais.

Em julgado mais recente, o desembargador Tasso Caubi Soares Delabary – Apelação Cível Nº 70053841219, 9ª Câmara Cível, j. 29/5/2013 –, voltou a fazer referência à mitigação da responsabilidade objetiva dos hospitais frente ao dano médico representado. Nesse caso, o Tribunal Estadual entendeu inexistente culpa médica e, consequentemente, responsabilidade hospitalar porque o falecimento da vítima ocorreu sem que os médicos tenham laborado com culpa ou que o hospital tivesse concorrido para o dano.

Os julgados retrocitados indicam que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem caminhado no sentido de compatibilizar o § 4º e o *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor nos casos de responsabilidade hospitalar por dano médico, reconhecendo-se aí a responsabilidade objetiva mitigada.

5. Notas conclusivas

Contextualizado na peculiar da relação trilateral de consumo hospital-médico-paciente, o presente artigo buscou tratar da responsabilidade hospitalar com enfoque jurisprudencial, relendo a temática a partir da distinção de *dano hospitalar* – decorrente dos serviços tipicamente hospitalares –, e de *dano médico*, este oriundo de atos técnicos do profissional liberal. Trata-se de classificação já descrita por Gustavo Tepedino e implicitamente avalizada pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A supracitada classificação dicotômica dos danos ao paciente no âmbito da atividade hospitalar tem repercussão direta sobre o regime de responsabilidade nosocomial, a qual poderá ser apurada por meio de responsabilidade objetiva tradicional ou da responsabilidade objetiva mitigada.

No supracitado contexto, quando o dano for decorremte de serviço tipicamente nosocomial (*dano hospitalar*), a *responsabilidade* será inquestionalvelmente *objetiva* do tipo *tradicional*, sem averiguação de qualquer resquício de culpa. Entrentanto, nas hipóteses em que se estiver diante de *dano médico*, decorrente diretamente do atuar técnico do esculápio,

a culpa do profissional liberal deverá ser apurada a título de defeito na prestação de serviço – desse modo, a responsabilidade hospitalar dependerá da apuração da *culpa alheia* (do médico) para configuração do defeito na prestação de serviço, embora permaneça objetiva por não se exigir a culpa da pessoa jurídica. Neste último caso, tratar-se-á de *responsabilidade objetiva mitigada* ou *temperada* do hospital por dano médico.

Na responsabilidade hospitalar objetiva mitigada por dano médico, a análise da culpa médica terá *caráter dúplice* pois sua presença, concomitantemente, caracterizará *defeito* na prestação do serviço hospitalar em sentido amplo e o *nexo causal* entre o dano injusto e o atuar nosocomial no mercado de consumo. Nessa forma temperada de responsabilidade objetiva, a inexistência do defeito (a culpa médica) ocasionador do dano médico ao paciente incumbirá ao hospital fornecedor, nos termos do inciso I, do § 3º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora apontando a responsabilidade hospitalar como objetiva, identificou os casos de dano oriundo do serviço tipicamente hospitalar e do serviço estritamente a cargo dos médicos, apontando em suas linhas que nesta última situação a culpa médica é pressuposto para a caracterização do defeito necessário à configuração da responsabilidade objetiva do nosocômio.

O Tribunal de Justiça do Rio do Sul, por outro lado, já ponderou expressamente a ocorrência do fenômeno de *subjetivação relativa da responsabilidade objetiva dos hospitais* por meio da mitigação no regime de responsabilização hospitalar quando se tratar de alegação de erro médico, isso porque se entendeu necessária a harmonização entre o regime objetivo de responsabilidade nosocomimal e o regime subjetivo dos médicos que neles atuam.

Em apertada síntese, acredita-se que a *responsabilidade objetiva mitigada* representa proposta de interpretação harmonizadora e sistêmica das partes integrantes do artigo 14 do Estatuto Consumerista nos casos de *responsabilidade hospitalar por dano médico*, porquanto tal leitura representa respeito à responsabilidade hospitalar objetiva (*caput*), à responsabilidade liberal subjetiva (§4º) e à possibilidade de se provar a inexistência de defeito – no caso, a culpa do clínico pelo dano médico –, como fator exonerador de responsabilidade (inciso I, §3º). Embora distante de pacificar o tema, acredita-se ter aqui um bom recomeço para redefinir os contornos da polêmica e controversa responsabilidade hospitalar por ato médico.

Referências

Amazonas (Brasil). *Apelação Cível nº. 2011.000872-5*, Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria das Graças Pessôa Figueiredo, j. 25/5/2011.

______. *Apelação Cível nº. 2011.002658-9*. Rel. des. Cláudio Roessing. 3ª Câmara Cível, j. 19/11/2011.

Brasil. *Superior Tribunal de Justiça*. AgInt no AREsp 1.071.499/DF, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, T3, j. 27/2/2018, DJe 9/3/2018.

______. *AgRg no AREsp 292.607/MT*, rel. min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 16/4/2013, DJe 2/5/2013.

______. *AgRg no AREsp 182.368/DF*, rel. min. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 23/10/2012, DJe 12/11/2012.

______. *AgRg no AREsp 281.610/RN*, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 7/3/2013, DJe 14/3/2013.

______. *AgRg no Ag 1.402.439/RS*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 27/3/2012, DJe 10/4/2012.

______. *AgRg nos EREsp 351.178/SP*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 28/3/2012, DJe 31/5/2012.

_____. REsp 1662845/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, T3, j. 22/3/2018, DJe 26/3/2018.

_____. *REsp 764.001/PR*, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, 4ª Turma, j. 4/2/2010, DJe 15/3/2010.

______. *REsp 400.843/RS*, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 17/2/2005, DJ 18/4/2005, p. 304.

______. *REsp 236708/MG*, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF-1ª), 4ª Turma, j. 10/2/2009, DJe 18/5/2009.

______. *REsp 1184932/PR*, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 13/12/2011, DJe 16/2/2012.

______. *REsp 883.685/DF*, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, j. 5/3/2009, DJe 16/3/2009.

______. *REsp 494.206/MG*, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 16/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 361.

______. *REsp 605.435/RJ*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22/9/2009, DJe 16/11/2009.

______. *REsp 1145728/MG*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 28/6/2011, DJe 8/9/2011.

______. *REsp 992.821/SC*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j.14/8/2012, DJe 27/8/2012.

______. *REsp 1.173.058/DF*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 22/11/2011, DJe 1/2/2012.

______. *REsp 1.104.665/RS*, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, j. 9/6/2009, DJe 04/08/2009.

______. *REsp 908.359/SC*, Rel. Min. Nancy Andrigui, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 2ª Seção, j. 27/8/2008, DJe 17/12/2008.

______. *REsp 1.216.424/MT*, Rel. Min. Nancy Andrigui, 3ª Turma, j. 9/8/2011, DJe 19/8/2011.

______. *REsp 801.691/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 6/12/2011, DJe 15/12/2011.

______. *REsp 259.816/RJ*, Rel. min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 22/8/2000, DJ 27/11/2000, p. 171.

______. *REsp 696.284/RJ*, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, j. 3/12/2009, DJe 18/12/2009.

Carvalho, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob enfoque da responsabilidade civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

Kfouri Neto, Miguel. *Culpa Médica e ônus da prova*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

______. *Responsabilidade Civil do Médico*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

______. *Responsabilidade Civil dos Hospitais*: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Maia, Maurilio Casas. O paciente hipervulnerável e o princípio da confiança informada na relação médica de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 22, v. 86, p. 203-232, Mar.-Abr. 2013.

Marques, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, (Biblioteca de direito do consumidor).

Miragem, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

______. Responsabilidade Civil Médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 63, p. 52-91, jul.-set. 2007.

Rio Grande do Sul (Brasil), *Apelação Cível Nº 70053841219*, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, j. 29/5/2013.

______. *Apelação Cível Nº 70048073175*, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, j. 25/7/2012.

______. *Apelação Cível Nº 70029719267*, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, j. 9/12/2009.

______. *Apelação Cível Nº 599315207*, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Miguel Fank, j. 25/6/2003.

Stoco, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 8ª ed., 2011.

Tepedino, Gustavo. A Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Temas de direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II, p. 83-121.

Vasconcelos, Fernando Antônio. Maia, Maurilio Casas. Algumas Peculiaridades da relação de consumo médico-paciente na visão da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: Vasconcelos, Fernando Antônio (Coord.). Durães, Hebert Vieira (Org.). *Temas Relevantes de Direito do Consumidor*: doutrina e jurisprudência. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2012, p. 49-65.

______. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. 2ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

Diagnóstico genético embrionário e o nascimento indesejado:

repercussões no campo da responsabilidade civil[1]

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira[2]

1. Notas introdutórias: nascimento indesejado e o diagnóstico genético pré-implantacional

Os avanços biotecnológicos, tal como o desenvolvimento acelerado da Biomedicina, têm propiciado o estudo de novas situações jurídicas a ensejar a aplicação do instituto da responsabilidade civil, que tem sido remodelado diante de novos danos e da necessidade da sua leitura pelas lentes dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da reparação integral do dano.

A maior previsibilidade da ocorrência de doenças por meio de diagnósticos mais precisos, a realização de exames outrora inimagináveis na fase da gestação (pré-natal) ou até mesmo antes de sua ocorrência, somados à aplicação do princípio da reparação integral do dano, leva o aplicador do Direito a analisar quais são os bens jurídicos merecedores de tutela e quais danos devem ser reparados e compensados. É o que ocorre,

[1] Agradeço a colaboração da Dra. Marcia Riboldi, diretora e responsável técnica da Igenomix Brasil, que esclareceu aspectos técnicos acerca do diagnóstico pré-implantacional, propiciando melhor análise jurídica e o diálogo multidisciplinar.

[2] Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Advocacia Pública pela CEPED-UERJ. Pós-graduada em Direito da Medicina pelo Centro de Direito Biomédico da Universidade de Coimbra. Professora da Pós-Graduação *Lato Sensu* do Curso de Direito Civil-Constitucional do Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino de Direito (CEPED-UERJ) e da Pós--Graduação da Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Professora da Universidade Unilasalle Rio de Janeiro. Tesoureira do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil e Diretora Financeira do Instituto de Biodireito e Bioética – IBIOS. Advogada. E-mail: <paula@francesconilemos.com.br>.

por exemplo, no caso do nascimento "indesejado" de uma criança, fruto do uso da técnica de reprodução humana assistida, por erro no exame pré-implantacional ou por sua não realização por falta de indicação pelo médico. Qual seria o bem jurídico merecedor de tutela: i) o nascimento de uma criança portadora de uma doença; ii) a autonomia existencial reprodutiva com a alteração do projeto familiar; ou iii) a autodeterminação informacional?

As pessoas que se submetem às técnicas de reprodução humana assistida, entre elas a fertilização *in vitro* (FIV), podem fazer estudo para verificar a saúde genética dos embriões, a existência de doença hereditária, de doenças raras, ou a presença de alguma alteração cromossômica que ocasione o desenvolvimento de uma doença futura. Esses testes são denominados Diagnósticos Genéticos Pré-Implantacional[3] (PGD) e são realizados no embrião obtido por FIV antes de sua implantação no útero da mulher.

Se o resultado do exame for positivo, ou seja, caso indique alguma doença, faz-se mister discutir as seguintes questões: i) seria possível o descarte do embrião; ii) caso o resultado tenha sido comprometido, poderia ser enquadrado como erro de diagnóstico; iii) a falha no exame comprometendo o resultado e, com isso, permitindo o nascimento de uma criança com doença, poderia ser caracterizado como um nascimento "indesejado" passível de ressarcimento e compensação de danos; iv) qual bem jurídico foi lesado; v) quais as espécies de danos ressarcíveis: dano patrimonial (despesas com tratamentos, medicamentos, pensão, entre outras), e/ou extrapatrimonial; e vi) quem sofreria os danos, os pais, a criança ou ambos?

A análise desses questionamentos se restringirá à interpretação da aplicação do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio nos casos de nascimento "indesejado" por falha no diagnóstico pré-implantacional que impediu o descarte do embrião, afetando diretamente

---

[3] "O diagnóstico genético pré-implantacional ou PGD (Pré-implantacional Genetic Diagnostic), consiste na retirada de célula de um embrião com 8 a 16 células, com a finalidade de executar exames capazes de diagnosticar patologias genéticas hereditárias. Trata-se, pois, de uma biópsia de célula embrionária. O procedimento permite ao médico analisar o material genético e chegar ao diagnóstico de mais de três mil doenças congênitas, entre as quais, a anemia falciforme, a doença de Tay-Sachs, a talassemia, a anencefalia, a miopatia de Duchenne etc. Não obstante, é importante frisar que os efeitos, a longo prazo, de se retirar uma célula-tronco do embrião, num estágio tão precoce, ainda não foram avaliados pelos cientistas". ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 51.

a autonomia reprodutiva do (s) genitor (es) que optaram pelo exercício do planejamento familiar por meio das técnicas de reprodução assistida.

2. O diagnóstico genético pré-implantacional nas técnicas de reprodução humana assistida

As técnicas de reprodução humana assistida[4] consistem na interferência, auxílio e facilitação da pessoa no processo da prática reprodutiva por meio da manipulação de gametas e embriões.[5] Elas se dividem em: i) inseminação artificial, que ocorre quando a fecundação se dá de forma intracorpórea, ou seja, dentro do corpo da mulher e; ii) fertilização *in vitro,* que acontece quando a fecundação intercorre de manipulação em laboratório, portanto, de forma extracorpórea.[6]

A inseminação artificial, na definição de Paulo Olmos,[7] é o método por meio do qual um cateter atravessa o colo do útero e "injeta no interior do órgão uma quantidade de aproximadamente um mililitro de meio de cultura com espermatozoides tratados." Essa técnica é opção para casais em que a mulher possui pequenos distúrbios de ovulação e/ou o homem possui pouca concentração de espermatozoides ou para aqueles que optam por não ter relações sexuais ou que possuem relacionamentos homossexuais. Para essa técnica é possível utilizar a amostra de sêmen do marido, de companheiro da paciente (inseminação artificial homóloga), ou de terceiro, "doador" (inseminação artificial heteróloga).

---

[4] "A Reprodução Humana Assistida (RHA) é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidades satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade". FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnaldo A. F.; SEGRE, Conceição A. M. Segre. Avanços em reprodução assistida. *Revista Brasileira de Crescimento e o Desenvolvimento Humano.* 2008; 18 (1), p. 93.

[5] Enunciado n. 105 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal (CJF): As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".

[6] Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo código civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Cap. 9, p. 226.

[7] OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem*: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003, p. 187.

A técnica da fertilização *in vitro,* introduzida no ano de 1978, com o nascimento do primeiro bebê de proveta, Louise Brown, na Inglaterra, na definição de Olmos,[8] «é um método que promove em laboratório o encontro entre os espermatozoides e um óvulo colhido após tratamento com indutores.» Explica o autor que, após a coleta dos gametas (óvulos e espermatozoides), estes são transferidos para o mesmo caldo de cultura, no qual começam a interagir naturalmente, formando, em seguida, os embriões que serão transferidos para o útero da mulher. Além desse método, há a fertilização *in vitro*, realizada por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozoide – FIV/ICSI, que surgiu no início dos anos 1990 e é considerada por muitos a descoberta mais importante para a medicina reprodutiva depois da FIV clássica. Nesta, ocorre a injeção de um único espermatozoide no citoplasma do óvulo, com posterior transferência para a cavidade uterina.[9]

A fertilização *in vitro* se subdivide a partir da origem do material biológico utilizado, podendo ser homóloga ou heteróloga. A FIV será *homóloga* quando o material genético empregado na fecundação for exclusivamente do casal que assumiu o projeto parental ou *heteróloga* quando parte ou todo o material genético for de terceiro, "doador" anônimo.[10]

As etapas que envolvem a fertilização *in vitro* foram aprimoradas e, atualmente, o procedimento está mais simples, eficaz e seguro, sendo possível realizar outros procedimentos após a FIV/ICSI, tais como o diagnóstico genético pré-implantacional – PGD, desenvolvido na década de 80 e 90,[11] que permite aumentar a segurança da gestação em casos específicos.

---

[8] OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem*: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade, cit., p. 189.

[9] PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética.* 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008, p. 397.

[10] Cf. Marilena Corrêa: "Nas técnicas heterólogas (IA-D, FIV-D), que envolvem o recurso à doação, não existe coincidência entre a origem da demanda por reprodução (os chamados "pais sociais") e a origem dos gametas que a tornam possível (os pais e mães biológicos), o que pode resultar em uma variada possibilidade de combinações parentais [...]" CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Vilela. Bioética e reprodução assistida. Infertilidade, produção e uso de embriões. In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea.* Brasília: Letras Livres, 2005, p. 58.

[11] TELES, Natália Olivia. Diagnóstico Genético Pré-Implantação – Aspetos Técnicos e Considerações Éticas, *Acta Med Port.* 2011; 24(6):987-996. Disponível em: <http://repositorio.insa.pt/handle/10400.18/913> Acesso em: 27 dez. 2018.

O Diagnóstico Genético Pré-Implantacional[12] se dá por meio da realização de um exame genético de precaução realizado em células embrionárias antes de [se se referir às células mudar para "sua transferência"] para o útero da mulher (materno ou da gestante por substituição[13]) sem que o embrião sofra prejuízos[14] e possa se desenvolver normalmente.

O objetivo do teste é detectar a existência de anomalia grave, de doenças genéticas (PGD ou PGT-M) ou cromossômicas (PGS – screening genético pré-implantacional ou PGT-A) em embriões gerados por técnicas de reprodução *in vitro* e que ainda não foram transferidos ao útero materno, permitindo melhor resultado além de evitar abortos espontâneos.

Existem dois tipos de exames genéticos: i) o PGT-A (Teste Genético Pré-implantacional – Aneuploidias)[15] detecta possíveis alterações no número ou forma de cromossomos; e ii) o PGD (Diagnóstico Genético Pré-implantacional) serve para casos muito específicos em pessoas que tenham histórico familiar de doença genética. Esses dois exames geralmente são feitos com a mesma amostra de células de embrião, mas como são estudos específicos, seguem protocolos de análises diferentes.

Esse tipo de diagnóstico genético é feito de forma direcionada, geralmente é solicitado por casais que têm alto risco de gerarem filho com doenças genéticas ou que já possuem as doenças ou filhos com doenças genéticas. Além desses casos é comum investigar alterações cromossômicas no DNA em material de mulheres com idade avançada e, cujo maior risco, é gerar criança com alterações tais, como, por exemplo, as trissomias (síndrome de Down – trissomia do cromossomo 21, síndrome de

---

[12] Na Espanha, a Lei n. 14/2006, de 26 de maio, dispõe sobre as técnicas de reprodução humana assistida e trata do diagnóstico pré-implantacional nos arts. 12 e 13. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292> Acesso em: 20 dez. 2018.

[13] Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 2.168 de 10 de novembro de 2017. Autoriza, no item VII, a situação denominada gestação de substituição, caso exista alguma impossibilidade médica que impeça ou contraindique a gestação, ou nos casos de união homoafetiva e família monoparental. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 30 jan. 2018.

[14] Ainda não há certeza quanto aos impactos no embrião quando da coleta da amostra para realização do exame. Mas há quem defenda que não atinge. Ver: Disponível em: < http://www.vidafertil.com.br/uploads/pdf/diagnostico_genetico_pre-implantacional.pdf> Acesso em: 20 dez. 2018.

[15] Em Portugal, a Lei n.º 32/2006 trata do diagnóstico genético pré-implantação nos artigos 28 e 29. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/539239/details/normal?l=1> Acesso em: 20 dez. 2018.

Edwards – trissomia do cromossomo 18). Geralmente o PGD é indicado nos casos de aneuploidias,[16] alteração de número ou formas de doenças de herança monogênica,[17] anormalidades cromossômicas; sexagem para evitar doenças ligadas ao X e sexagem social; aborto de repetição; falhas de tratamentos prévios de FIV, entre outras situações.[18]

A opção pelo uso das técnicas de reprodução humana pode ocorrer por diversos motivos, entre eles: i) infertilidade; ii) impossibilidade de procriação em virtude do arranjo familiar escolhido (família monoparental, casais homoafetivos etc.);[19] iii) opção por não ter relação sexual; iv) selecionar embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças; v) uso para tipagem do sistema HLA (*Human Leukocyte Antigens*)[20] do embrião no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco[21] retiradas do cordão

---

[16] "[...] A aneuploidia é a anormalidade no número de cromossomas em células individuais. Mulheres com mais de 35 anos tem altas taxas de embriões com aneuploidia, associada a falhas de implantação na FIV. A hibridização fluorescente *in situ* (FISH) em blastômeros dos pré-embriões antes da transferência pode detectar as aneuploidias, evitando a transferência dos embriões comprometidos". CORLETA, Helena Von Eye. Fertilização *in vitro*: mais de 4 milhões de crianças nascidas e um prêmio nobel. *Revista do Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 30, n. 4, p. 451-455, 2010.

[17] Acerca das doenças genéticas causadas por uma falha ou mutação em um único gene. Os exemplos mais comuns desses tipos de doenças são a fibrose cística, a hemofilia, a síndrome do X frágil, a distrofia miotônica e a doença de Huntington. Disponível em: <https://sbra.com.br/noticias/tecnologia-permite-evitar-doencas-no-filho--antes-do-nascimento/ > Acesso em: 20 dez. 2018.

[18] Cf. Disponível em: <https://sbra.com.br/noticias/conheca-os-diferentes-tipos-de--exames-geneticos-utilizados-na-reproducao-assistida/ > Acesso em: 20 dez. 2018.

[19] Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Direito dos transexuais à reprodução. In: Maria Berenice Dias. (Org.). *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 264-279.

[20] "O HLA (Human Leucocyte Antigen, antigènes) de leucócitos, de glóbulos brancos do homem permitem a definição das compatibilidades necessárias aos transplantes, de órgãos e de tecidos. [...]" BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Vida humana e ciência:* complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito: normas internacionais da bioética. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional: *RDCI*, v. 14, n. 56, jul./set. 2006, p. 113-161.

[21] A respeito desse tema e da análise de sua admissibilidade à luz do ordenamento jurídico português merece a leitura: OLIVEIRA, Guilherme. Um caso de seleção de embriões. In: OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da medicina*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 277-288.

umbilical (a criança gestada para esse fim recebe o nome de *savior sibling*, bebê-remédio ou bebê-salvador).[22]

O resultado desse exame pode gerar três opções: i) implantação do embrião independentemente do resultado; ii) o descarte do embrião; e iii) a manipulação genética, intervenção no genoma daquele embrião para melhorar a vida futura – seleção de fatores hereditários – otimização de fatores desejáveis. Tudo a depender também do aconselhamento genético.[23]

Além da investigação genética por meio de diagnóstico genético embrionário, pré-implantacional, também existe a possibilidade de diagnóstico pré-natal, mas, nesse caso, o diagnóstico será feito em um embrião já implantado no útero da mulher. Exemplo de exame pré-natal é a amniocentese, que é o procedimento de retirada de líquido amniótico com cerca de 16 semanas de gravidez para detecção de doenças genéticas. A vantagem do diagnóstico genético pré-implantacional em relação ao pré-natal é que na segunda hipótese, no caso de um resultado anormal, há de se enfrentar a questão do abortamento, diferentemente do que ocorre no caso do DPG, cujo procedimento é feito antes da gravidez, no embrião fora do útero, atraindo outros debates atrelados à possibilidade de descartes de embriões.

Essas inovações tecnológicas, no entanto, trazem consigo dilemas jusfilosóficos, éticos acerca da pré-seleção[24] e manipulação de embriões

---

[22] A respeito do uso da técnica de reprodução para esse fim, merece trazer à baila decisão que tratou da cobertura pelo plano de saúde dos procedimentos médicos: SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 1074857-06.2014.8.26.0100. Relator Desembargador Piva Rodrigues. São Paulo, 07 de março de 2017.

[23] Aconselhamento genético pré-conceptivo ou pré-natal (art. 2°, XIV Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos) (xiv) Aconselhamento genético: procedimento que consiste em explicar as consequências possíveis dos resultados de um teste ou de um rastreio genético, suas vantagens e seus riscos e, se for caso disso, ajudar o indivíduo a assumir essas consequências a longo prazo. O aconselhamento genético tem lugar antes e depois do teste ou do rastreio genético; Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf> Acesso em: 20 dez. 2018.

[24] O diagnóstico genético implantacional também pode ser usado para seleção de embriões com alguma deficiência como surdez ou nanismo. Esse é o caso de famílias e comunidades surdas que anunciam suas preferências por embriões surdos em detrimento de embriões ouvintes, isto é, famílias de surdos, por meio das tecnologias reprodutivas, escolhem embriões surdos e descartam embriões ouvintes, provocando os limites do modelo ético dominante na genética. O argumento é a defesa da soberania da autonomia reprodutiva das pessoas e o argumento de que se trata de adequação familiar e cultural. A respeito do tema a reportagem: Disponível

e que acabam por acarretar a instrumentalização da pessoa humana, mas que não serão abordados em razão dos limites do presente artigo. Apenas a título de reflexão, destacam-se alguns questionamentos: i) a pessoa só será digna de existência e desenvolvimento após exame genético?; ii) quais seriam os limites da terapia gênica?;[25] iii) a seleção provocaria discriminação (art. 3º, IV, CF)?; iv) como proteger os dados genéticos?;[26] v) seria uma forma de seleção da vida humana?;[27] vi) é possível que haja intervenções eugênicas de tratamento?;[28] [29] vii) seria legítimo a engenharia

---

em:<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,AA1382608-5603,00-PAIS+USAM+GENETICA+PARA+ESCOLHER+FILHOS+COM+DEFEITO.html> Acesso em: 28 dez. 2018. DINIZ, Debora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. Cad. Saúde Pública [online]. 2003, vol.19, n.1, pp.175-181. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102=311-2003000100019X&script-sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 30 dez. 2018.

[25] A terapia gênica é o instrumento capaz de promover a alteração do material genético do "doente" por meio da inserção de nova sequência de DNA. Se realizada em célula-tronco, a alteração será transmitida no momento da replicação genética e da diferenciação celular. Existem duas espécies: i) terapia somática (alteração genética em células que possuem material genético completo (2N). A mudança no material genético atinge tão somente o indivíduo envolvido no tratamento ("correção genética"); ii) terapia gênica germinativa (aquela que se opera em células reprodutoras (N), seja nos gametas, propriamente dito, óvulos e espermatozoides, ou nas estruturas celulares que o antecedem, como o ovócito. Atinge toda a descendência envolvida, pois a modificação é passada às gerações futuras. BARBAS, Stela. Testes genéticos, terapia génica, clonagem. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 309-328.

[26] Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf > Acesso em: 20 dez. 2018.

[27] Débora Gozzo faz crítica acerca do uso diagnóstico pré-implantatório que tem por objetivo descobrir se o embrião é saudável ou não para fins de implantação na mulher e o fato de se caracterizar como forma de busca pela perfeição humana. GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e a busca pela perfeição humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 92, p. 327-352, 2015.

[28] Art. 13 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Disponível em: < http://www.arsalentejo.min-saude.pt/utentes/ces/Documents/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Oviedo.pdf> Acesso em: 20 dez. 2018.

[29] "I - Princípios Gerais [...] 5. As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente." BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2.168/2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acesso em: 1º jun. 2018.

genética de melhoramento?;[30] viii) é possível a pesquisa feita em embriões?; ix) cabe realizar a escolha de sexo?;[31] x) haveria limite para formação de embriões; e xi) o que fazer com os excedentários ou supranumerários?.[32]

Quanto ao descarte dos embriões, em caso de diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, segundo a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina – CFM (item VI.1), é possível mediante decisão dos pacientes participantes do processo de reprodução humana assistida que podem consentir de forma livre e esclarecida ou optar pelo envio para pesquisa. Além disso, caso os embriões estejam criopreservados com três anos ou mais também poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes (item V. 4).

Essa norma tem cunho deontológico e, apesar de sua força normativa,[33] não afasta as indagações acerca de sua constitucionalidade, principalmente se houver a possibilidade de o descarte ser considerado

---

[30] O art. 7º da lei portuguesa, Lei n. 32/2006, proíbe melhoramento genético, escolha de sexo, nesse caso salvo para doença genética ligada ao sexo. Disponível em: < https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/539239/details/normal?l=1> Acesso em: 20 dez. 2018.

[31] Projeto de Lei n. 1.184/2003, que define normas para realização de inseminação artificial e fertilização *in vitro*; art. 15: "A pré-seleção sexual será permitida nas situações clínicas que apresentarem risco genético de doenças relacionadas ao sexo, conforme se dispuser em regulamento." Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275> Acesso em: 20 dez. 2018. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Artigo 14º – Não selecção do sexo – Não é admitida a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar graves doenças hereditárias ligadas ao sexo. Disponível em: <http://www.arsalentejo.min-saude.pt/utentes/ces/Documents/Conven%C3%A7%C3%A3o%20de%20Oviedo.pdf> Acesso em: 20 dez. 2018.

[32] Ver art. 15 do Código de Ética Médica que veda ao médico certos atos atrelados à fecundação artificial, inclusive ocorrência de embriões supranumerários. O Projeto de Lei n. 4.892/2012 da Câmara dos Deputados, que dispõe sobre a instituição do Estatuto da Reprodução Assistida, impõe algumas restrições no art. 6º e veda produção de embriões supranumerários no art. 28. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3A0A91C6FC3ED4844E958E21D3222224.proposicoesWebExterno1?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012> Acesso em: 20 dez. 2018.

[33] Existe dissenso acerca do caráter vinculativo da norma deontológica. Cf. OTERO, Marcelo Truzzi. Contratos de gestação por outrem gratuitos e onerosos. In: TEIXEIRA, ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coords.). Dos Hospitais aos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 279. Cf. DANTAS, Eduardo; CHAVES, Mariana. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida: comentários à resolução 2.121/2015 CFM, Rio de Janeiro: GZ, 2018, p. 28.

uma violação à vida humana. Não há uma posição unânime quanto à natureza jurídica do embrião[34] e o ordenamento jurídico pátrio não é expresso quanto a sua tutela. O Código Civil (CC) apenas assegura o direito dos nascituros[35] (art. 2º,[36] 542, 1.779), e se refere ao embrião tão somente quando trata da filiação em caso de reprodução assistida homóloga e heteróloga (art. 1.597, III, IV,V). Por isso, deve-se fazer uma busca hermenêutica dentro da axiologia constitucional partindo de algumas indagações: o embrião deve ser tratado como pessoa humana? Quando se inicia a vida? Essa última pergunta perpassa por debates em diferentes planos, tais como, éticos, jurídicos, biológicos e filosóficos.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou algumas dessas questões ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510,[37] na qual foi impugnada a constitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105, de 24/03/2005, regulamentada pelo Decreto n. 5.591/2005, que se refere às pesquisas com células-troncos embrionárias. A ação foi julgada improcedente, pois o estudo em células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, em suma, não implica na violação do direito à vida. Ressaltou-se que quando as normas se reportam aos "direitos da pessoa humana" e até aos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea, diz respeito aos direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar).

De acordo com o voto condutor do relator, Ministro Ayres Britto, deve-se diferenciar o embrião do feto e da pessoa humana, não havendo

[34] Cf. BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. Estatuto Ético do Embrião Humano. In: Daniel Sarmento; Flavio Galdino. (Org.). *Direitos Fundamentais*: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v , p. 527-549.

[35] Projeto de Lei n. 478/2007 da Câmara dos Deputados dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7FDC2C1C8D0C7075A8F616A-C66040D4E.node2?codteor=1102104&filename=Avulso+-PL+478/2007> Acesso em: 20 dez. 2018.

[36] Projeto de Lei n. 699/2011 da Câmara dos Deputados dispõe sobre alteração ao Código Civil: "Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro.". Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551> Acesso em: 28 dez. 2018

[37] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723> Acesso em: 20 dez. 2018.

de se falar em pessoa humana embrionária, mas em embrião de pessoa humana. O "embrião *in vitro* apenas não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, pois lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível". A proteção deve se dar de forma diferenciada, de acordo com cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Apesar de o tratamento do embrião antes de sua implantação ser distinto do nascituro e da pessoa humana, também é merecedor de tutela, mas em grau diverso.

O diagnóstico pré-implantacional passa a assumir importante papel no processo decisório da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. O planejamento familiar (art. 226, §7°, CF, Lei 9.267/96),[38] calcado na autonomia existencial reprodutiva, englobado pelo direito ao corpo (art. 5°, CF, art. 13 e 15 do Código Civil), que compreende o acesso a um serviço de saúde que o assegure, e que atrai a paternidade responsável, é uma decisão livre da pessoa, até porque a Constituição Federal não o impõe (art. 5°, II). Por isso, abre-se espaço para a possibilidade de descarte, principalmente, quando for detectada uma doença que comprometa a própria vida humana, mas deve-se ter em vista o seu potencial, pelo que merece uma melhor regulação no seu cuidado por parte do ordenamento jurídico e dos aplicadores do direito.

A falha no diagnóstico pré-implantacional que deixou de detectar uma doença genética pode afetar diretamente o planejamento familiar, com diversas consequências no plano patrimonial e extrapatrimonial da família. Seja em razão da perda da oportunidade de realizar o descarte do embrião ou seu tratamento, e com a sua implantação ter a ocorrência da gravidez e o nascimento de uma criança acometida por determinada doença, o que atinge a integridade psicofísica do (s) genitor (es), privando-os (s) da possibilidade de escolher entre ter ou não filhos, seja pela impossibilidade de realizar tratamento para obter a cura ou a sobrevida

---

[38] Artigo 12°. Direito ao casamento: A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf> Acesso em: 30 dez. 2018.
BRASIL. Agência Nacional de Saúde. Resolução Normativa - RN n. 428, de 7 de Novembro de 2017. Disponível em <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzUwMg⊠> Acesso em: 4 jan. 2019.

nos casos em que isso é possível. Essa hipótese acaba por atrair a análise das teorias que versam acerca do nascimento indesejado e os danos deles decorrentes e que merece maior estudo para melhor definir que espécies de danos devem ser ressarcidos: o nascimento de uma criança por si só ou a violação à autonomia reprodutiva dos pais em virtude da alteração do seu projeto de vida, e, em alguns casos, a autodeterminação informativa.

Alguns casos concretos em âmbito internacional e pátrio envolvendo a procriação humana deram ensejo ao desenvolvimento de determinadas teorias denominadas: i) *wrongful life* (vida equivocada); ii) *wrongful birth* (nascimento equivocado); iii) *wrongful conception (pregnancy)*; e iv) *wrongful adoption.*

A primeira teoria, *wrongful life,*[39] diz respeito à vida indesejada. São os casos em que a própria criança, por representação legal, propõe ação de indenização em face do médico, do hospital, da clínica e/ou do laboratório por ter nascido com alguma sequela ou deficiência que poderia ter sido identificada por meio de exames, ou de um diagnóstico correto,

---

[39] Vera Lúcio Raposo aponta alguns casos que envolvem as *wrong actions* no início da vida. Nos EUA, o primeiro processo relacionado à *wrongful life action* foi "Curlener v. Bio-Science Laboratories, no qual uma criança afectada pela doença de Tay-Sachs e os seus pais (estes num processo de wrongful birth) accionaram o laboratório que estes últimos tinham procurado para determinar se eram ou não portadores de Tay--Sachs, tendo o referido laboratório emitido um juízo negativo. O Supreme Court da Califórnia começou por distinguir este caso dos precedentes e afastou a sua rejeição com base na suposta dificuldade no cálculo do dano. Desconsiderou igualmente certas concepções morais sobre a vida que continuavam a dominar a apreciação jurídica destas questões. Segundo o Tribunal, pouco releva o facto de que a criança não houvera nascido sem a negligência dos arguidos. Mas já releva a circunstância de ela ter efectivamente nascido, e é no cenário concretamente existente que se deve avaliar se tem direito a ser ressarcida dos danos que sofre." Na Europa, destacou o caso famoso e conhecido como caso Perruche, em que "Nicolas Perruche nasceu com fortes deficiências (síndroma de Gregg: lesões auditivas e visuais, cardiopatias e neuropatias), em consequência da rubéola contraída pela mãe durante a gravidez (sendo que a mulher chegou a informar os médicos da história clínica da sua família que poderia colocar em risco a criança, e avisou que caso existisse a possibilidade de esta nascer com problemas preferiria abortar) mas que não foi detectada, pelo que os pais accionaram o médico e o laboratório." RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Publicado por Imprensa da Universidade de Coimbra. Disponível em <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng> Acesso em: 27 dez. 2018, p. 71. A respeito do caso Perruche na doutrina nacional vale a leitura: BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Dilemas de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 177-178.

o que permitiria a prática do aborto e, consequentemente, a garantia do direito de não nascer.

A segunda, *wrongful birth,*[40] por sua vez, se refere ao nascimento injusto em que os pais da criança propõem ação de indenização contra o médico, o hospital, a clínica e/ou o laboratório por erro de diagnóstico ou por falta de informação a respeito das condições do feto, também abalando o direito de praticar o aborto, tendo o nascimento de uma pessoa enferma gerado gastos extras e dano moral.

Já no caso da *wrongful conception* ocorre uma concepção indevida, uma gravidez indesejada, não obstante as pessoas tenham feito uso dos mecanismos cabíveis para impedir a procriação. A gravidez ou concepção indevida pode decorrer de defeitos nos métodos contraceptivos, de falhas

---

[40] No que diz respeito às ações de *wrongful birth*, Vera Lúcia Raposo destaca nos EUA um caso julgado no tribunal de New Jersey, no ano de 1967, "quando uma mulher apresentou ao tribunal um pedido de indemnização contra o médico que não a informou dos riscos que uma rubéola no início da gravidez poderia acarrear – e efectivamente no caso assim sucedeu – para o feto (embora o aborto fosse ilegal no estado de New Jersey não o era no vizinho estado de New York, onde ela poderia ter abortado aquele feto gravemente mal-formado). O tribunal rejeitou a sua pretensão, com base nos seguintes argumentos: i) a proibição que reinava no estado quanto ao aborto; ii) a impossibilidade de calcular o dano alegado; iii) a contrariedade de tal pedido face à ordem pública. Mas ainda assim uma das opiniões dissidentes deu razão à sua angústia, que obteve também simpatia em largos sectores doutrinais, embora sempre se debatendo com a enorme dificuldade em determinar um quantitativo indenizatório, porquanto é muito difícil calcular a diferença entre uma existência com o peso de deficiências graves e uma não existência, como ficou assinalado neste caso Gleitman. A primeira vez que um tribunal superior deu satisfação a um pedido destes foi em 1978 – curiosamente, ou não, pouco tempo depois da legalização do aborto – no caso Becker v. Schwartz, a propósito de um médico que não informou os perigos acrescido de sindroma de Down em gravidezes de mulheres de idade avançada." Na Europa, Vera Raposo cita o caso julgado na Alemanha, em 1982, pelo Tribunal de Apelação de Munique, que "negou provimento ao pedido de indemnização por negligência médica apresentado pelos pais e pelo filho que nascera com severas malformações em virtude de não ter sido diagnosticada à mãe uma rubéola que a atacou durante a gravidez, mas esta decisão veio a ser parcialmente rebatida pelo Bundesgerichtshof, que reconheceu a existência de uma pretensão contratual dos pais, decisão esta que foi depois repetida em múltiplos casos posteriores." RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Publicado por Imprensa da Universidade de Coimbra. Disponível em <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng> Acesso em: 27 dez. 2018. p. 67-68.

nas cirurgias esterilizantes ou de falhas nos procedimentos abortivos, que também dão ensejo à propositura de ação proposta contra os médicos, hospitais e/ou laboratórios.

E, por último, as pretensões de uma *wrongful adoption*, quando o estado de saúde de uma criança adotada foi escondido ou distorcido dos adotantes.

No Brasil, os casos de nascimento indesejado já foram enfrentados em ações em que ocorre falta de informação ou erro médico nas cirurgias de esterilização (laqueadura, vasectomia), erro de diagnóstico e nos casos de falha nos métodos contraceptivos (pílula de farinha).[41]

Em se tratando de falha no diagnóstico pré-implantacional aplicar-se-ia as duas primeiras teorias, a *wrongful life* (vida equivocada) e a *wrongful birth* (nascimento equivocado), mas o presente artigo se restringirá à *wrongful birth*, pois a análise será feita na perspectiva da violação à autonomia reprodutiva, do projeto parental.

3. A reparação integral e o dano sofrido pelo (s) genitor (es) pelo nascimento indesejado

A cada fato decorrente da evolução biotecnológica vivenciada pela sociedade contemporânea surgem novos meios lesivos e, portanto, novos interesses merecedores de tutela. Caberá ao aplicador do direito observar o ordenamento jurídico como um todo, a fim de individualizar a normativa adequada à hipótese, a partir das peculiaridades que circundam as novas situações, identificando-se a solução jurídica mais adequada e o ordenamento do caso concreto. Aplicar-se-á, no caso de erro de

---

[41] Cabe trazer à baila os seguintes julgados a título de ilustração: RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação / Reexame Necessário n. 0038863-76.2007.8.19.0001. Relatora Desembargadora Odete Knaack de Souza. Rio de Janeiro, 02 de abril de 2013.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 720930 / RS. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 de outubro de 2009.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1096325/SP. Relatora Ministra Nancy Andrigh. Brasília, 09 de dezembro de 2008. Cf. HOLANDA, Caroline Sátiro de. Violação à liberdade reprodutiva: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de wrongful birth e wrongful life. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012. VILELA, Renata. A Responsabilidade Civil por nascimento indesejado no direito brasileiro. In: Teixeira, Ana Carolina Brochado; Dadalto, Luciana. (Org.). *Dos Hospitais aos Tribunais*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 221-256

diagnóstico ou de falha na informação dos exames genéticos pré-implantacionais, o instituto da responsabilidade civil regulado no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e que é orientado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, CF) e da solidariedade (art. 3°, I, CF) e da reparação integral (art. 5°,V, X, XXII, CF c/c art. 944 do CC). Nesses casos, é necessário identificar os elementos caracterizadores do dever de indenizar, em especial os danos passíveis de reparação.

A realização do diagnóstico genético pré-implantacional implica na atuação de diversos agentes,[42] tais como os médicos especialistas em ginecologia, em obstetrícia, os geneticistas, os biólogos, os biomédicos, os embriologistas etc., que atuam no processo de procriação medicamente assistida, combinando a técnica da fertilização *in vitro* com a análise genética do material embrionário. Além desses profissionais, há a participação das clínicas especializadas em reprodução humana assistida, nas quais são realizadas as técnicas e os tratamentos de procriação, e onde serão colhidas as células para o DGP; os laboratórios que realizam exames de genética e utilizam várias técnicas avançadas para análise do material; e, por fim, os fornecedores dos equipamentos de análise do material genético.

A complexidade das técnicas para realização do DGP dificulta a identificação dos problemas que podem afetar e comprometer o exame e seu resultado, mas que não afastam a possibilidade de ocorrer erro no diagnóstico. É possível que ocorra falha por parte do médico,[43] do biólogo ou do bioquímico por alguma negligência, imprudência ou imperícia ao laudar ou orientar o paciente, ou por outra causa técnica que comprometa o resultado do exame.

O nascimento de uma criança em virtude da implantação de embrião formado pela técnica da fertilização *in vitro* com alguma doença genética

---

[42] Em virtude dos limites do trabalho e por não ser usual a cobertura de exames genéticos pré-implantacional pelos planos e seguros de saúde, não será abordada sua eventual responsabilidade civil, a despeito dos tribunais terem condenado os planos de saúde em casos de erro de diagnóstico praticado por laboratórios a eles credenciados aplicando a responsabilidade civil solidária e o Código de Defesa do Consumidor, pois a questão foge dos limites do presente trabalho. Cabe menção o seguinte julgado: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1442794 / DF. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasília, 16 de dezembro de 2014.

[43] Gustavo Borges divide os erros médicos em três tipos: (i) erro de diagnóstico; (ii) erro de tratamento e; (iii) erro na relação com o paciente, e define o erro de diagnóstico como. BORGES, Gustavo Silveira. Entre a falibilidade humana e o erro: proposta de delimitação e classificação do erro médico. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, p. 1963-1983, 2018.

não necessariamente decorre de um diagnóstico genético pré-implantacional errado. Pode ocorrer, por exemplo, de o resultado do exame tiver sido apenas parcial ou de a criança sofrer de alguma patologia que não foi objeto de estudo no exame, como ocorre nos casos do PGS (screening genético pré-implantacional) em que o exame é feito para identificar a existência de determinada doença rara, ou porque os limites da ciência da época impedem determinadas investigações. Além disso, pode ocorrer um erro na colheita do material ou pode ser que a célula escolhida aleatoriamente ao microscópio para o diagnóstico pode não representar as características genéticas do embrião (mosaicismo).

As pessoas que se submetem ao processo de reprodução humana assistida são pacientes que devem ser plenamente esclarecidos acerca das técnicas possíveis (inseminação artificial, fertilização *in vitro*) e da possibilidade de realização do diagnóstico pré-implantacional, que pode ser útil para o sucesso do procedimento, além de poder identificar doenças genéticas e alterações cromossômicas. Os médicos devem atuar com cuidado, guardar sigilo, confidencialidade, empregar todas as técnicas disponíveis, aprovadas pela comunidade científica e legalmente permitidas,[44] e manter seus pacientes bem informados.

O dever de informar do médico, que se estende às clínicas e laboratórios, deriva do direito do paciente à informação e tem sustentáculo nos princípios jurídicos (dignidade da pessoa humana, autonomia, boa-fé), bioéticos[45] (autonomia, beneficência, não maleficência, justiça) e em normas deontológicas (artigos 12, 13, 22, 34, 36, §1°, 42, 44, 53, 54, 55 do Código de Ética Médica – CEM).[46]

---

[44] Resolução 2.217/2018, novo Código de Ética Médica: XXVI – A medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados.

[45] Tom L. Beauchaump e James Childress consagraram a Bioética principialista, que tem o objetivo de estabelecer uma teoria capaz de orientar a prática médica e biomédica por meio de princípios que orientarão as decisões morais tomadas diante de conflitos éticos concretos. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. Princípios da ética Biomédica. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002. p. 579. Para além da teoria principialista da Bioética, na década de 1990, novas teorias ganharam corpo, como: i) a bioética da intervenção; ii) a bioética da proteção; iii) a bioética feminista e antirracista; e iv) a bioética da teologia da libertação.

[46] BRASIL. Conselho Federal de Medicina – CFM. Recomendação n. 1, de 21 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/BR/2016/1>. Acesso em: 30 dez. 2018.

No ordenamento jurídico o direito à informação se extrai da Constituição Federal (artigo 5°, XIV, XXXIII, LXXII), do Código de Defesa do Consumidor (artigos 4°, IV, 6°, III, 8°, 9°, 12, 14, 20, 30, 31, 36, 37, 38 e 46), do Código Civil (arts. 113, 187, 422), entre outras normas.[47]

No âmbito internacional, alguns diplomas fazem menção ao direito de informação e à autodeterminação do paciente, tais como: a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, da UNESCO; o Parecer sobre os Direitos dos Pacientes, elaborado pelo Comitê Econômico e Social Europeu e Declaração de Lisboa sobre Direitos do Paciente, emitido pela Associação Médica Mundial, em 1995, em Bali, Indonésia.

Somente após a informação prestada pelo médico é possível obter o consentimento livre e esclarecido, também denominado consentimento informado,[48] pós-informado, que constitui um ato de decisão voluntária e consciente do paciente (autorização),[49] essencial nesta relação. Ele representa a exteriorização do exercício da autonomia privada, a liberdade de livre disposição corporal e a garantia da preservação da dignidade da pessoa humana. E encontra respaldo no Código Civil (arts. 13 e 15) e em leis especiais, a exemplo do art. 10, §1°, da Lei n. 9.263/1996 e da Lei n. 9.434/1997 (arts. 9°, §6°, 8°, 10), que preveem a necessidade de ser expresso e por escrito, além dos princípios bioéticos e normas deontológicas.

O Código de Ética Médica, Resolução n. 1.931/2009 do CFM, recentemente alterada pela Resolução n. 2.217/2018, que entrará em vigor em maio de 2019, prevê, em seu artigo 15, §3°, que é vedado ao médico: "Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo", o que demonstra que não se dispensa a informação e o consentimento livre e esclarecido dos pacientes que fazem parte do projeto familiar.

---

[47] Art. 2° da Lei n. 10.241/1999, do Estado de São Paulo que dispõe sobre direitos dos pacientes.

[48] C.f. BORGES, Gustavo Silveira. MOTTIN, Roberta Weirich. Erro médico e consentimento informado: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 1, p.15-47, abr. 2017.

[49] A doutrina diverge quanto à natureza jurídica do consentimento livre e esclarecido, mas este pode ser enquadrado como autorização, um negócio jurídico unilateral, que legitima qualquer interferência médica. Esse é o posicionamento de Paula Moura Francesconi Pereira, conforme se depreende de sua tese intitulada "A responsabilidade civil como instrumento de proteção à pessoa humana nos ensaios clínicos", apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Direito Civil. No prelo.

No que diz respeito ao diagnóstico genético pré-implantacional dos embriões, a Resolução n. 2.168/2017 do CFM, estabelece o dever de informar e obter o consentimento, conforme item 4 dos princípios gerais e item V.1.

Quando da realização do DPG, os pacientes devem ser previamente esclarecidos acerca da utilidade e sobre o que consiste o exame; compreender o procedimento e as técnicas adotadas; se pode afetar o embrião e torná-lo inviável; os riscos[50] do exame, da biópsia, da possibilidade ou não de diminuição na capacidade de implantação; do risco de o material celular estar deteriorado, da perda da amostra; da possibilidade de se detectar parcialmente a aneuploidia; do risco de o diagnóstico restar comprometido em virtude de a análise não ser total do embrião (mosaicismo); da taxa de insucesso do exame, dependendo do tipo de doença analisada; do risco de defeito no nascimento; da possibilidade de falha da precisão e exatidão do diagnóstico; esclarecer acerca da possibilidade de desistência e do momento limite para fazer o exame. Além disso, pode ocorrer de não se obter nenhum resultado com o exame, ou de o resultado ser inconclusivo.

É necessário que haja, por parte do médico, um adequado aconselhamento genético,[51] e que sejam observados os limites éticos e jurídicos do uso desse diagnóstico genético.

Entre os diversos problemas passíveis de serem enfrentados com o diagnóstico pré-implantacional, e que podem repercutir no âmbito da responsabilidade civil destacam-se: i) a falta de informação pelo profissional médico quando do aconselhamento genético sobre o exame, privando o (s) genitor (es) de um consentimento informado que eventualmente poderia ter levado à não implantação do embrião; e ii) erro de diagnóstico genético, que pode se dar por mais de um fator, entre os quais, a incorreta interpretação do resultado.

---

[50] Reportagens apontam que as clínicas não informam risco de teste genético em embrião. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2009/10/642157-clinicas-nao-informam-risco-de-teste-genetico-em-embriao.shtml> Acesso em: 20 dez. 2018.

[51] "Aconselhamento genético é um ATO MÉDICO de abordagem multi e interdisciplinar, no qual os envolvidos devem ser treinados e habilitados em aconselhamento genético não diretivo, tendo a coordenação de um médico, preferencialmente treinado e habilitado em Genética Clínica." Processo-Consulta CFM n. 4.720/2000 PC/CFM/N. 29/2001. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2001/29_2001.htm> Acesso em: 28 dez. 2018.

Diante de uma dessas hipóteses, surge a indagação acerca da possibilidade de o (s) genitor (es) serem indenizados pelos danos morais e patrimoniais resultantes do nascimento de um filho com deficiência, com alguma doença rara ou alguma alteração cromossômica, seja por erro de diagnóstico ou por falha na informação. O principal argumento é o de que, se soubesse (m) das doenças genéticas ou das alterações cromossômicas do embrião, teriam preferido não conceber, o que alteraria seu projeto parental com diversos impactos na família, tanto de cunho patrimonial como extrapatrimonial.

Diferentemente da *wrongful birth*, que tem sido aplicada de forma divergente fora do Brasil e em casos envolvendo aborto, nas hipóteses em que é realizada a PGD há o descarte do embrião, que deve ser analisado à luz do instituto da responsabilidade civil no ordenamento pátrio. Primeiro se identificam os bens jurídicos merecedores de tutela, e, em seguida, os agentes responsáveis e a extensão dos danos passíveis de compensação e de reparação.

Diante da atividade prestada e dos agentes envolvidos, aplicar-se-á a responsabilidade contratual, pois há uma relação contratual entre o (s) paciente (s), o (s) genitor (es) e os profissionais médicos envolvidos, as clínicas de reprodução e os laboratórios. Entretanto, cabe observar, em cada caso, se haverá contratação direta e individualizada ou se será por intermédio apenas de um agente (clínica de reprodução) ou até mesmo se há cobertura do plano ou seguro de saúde,[52] se há falha do equipamento que faz o exame (responsabilidade civil do fabricante), o que pode influenciar no regime jurídico da responsabilidade civil (contratual, extracontratual, solidária – art. 14, *caput*, CDC, art. 942 do CC), e no

---

[52] A cobertura de tratamento de reprodução humana assistida pelo plano de saúde é uma questão controversa, pelo que há decisão favorável (BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento n. 00061230920178050000. Relator Desembargador Pilar Celia Tobio de Claro. Salvador, 26 de setembro de 2017) e desfavorável (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 17313648/SP. Relator Luis Fellipe Salomão. Brasília, 01 de agosto de 2018). Da mesma forma, no que tange ao custeio pelo Estado, há decisão favorável (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70047263785. Relator Desembargador Francisco José Moesch. Porto Alegre, 18 de abril de 2012) e desfavorável (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0009211-56.2014.8.19.0037. Relator Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto. Rio de Janeiro, 28 de setembro de 2015). Em posição contrária ao custeio do Estado: GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e a busca pela perfeição humana. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 92, p. 327-352, 2015.

direito de regresso quando há a responsabilidade civil por ato de outrem (art. 934, primeira parte).

De acordo com a interpretação doutrinária[53] e jurisprudencial majoritária,[54] apesar de algumas vozes em sentido contrário,[55] a relação médico-paciente é de consumo,[56] o que atrairá a aplicação das normas consumeristas, haja vista a presença do fornecedor e consumidor na relação jurídica (art. 2º, 3º e 17 do CDC), o que não afasta a incidência do Código Civil.

A responsabilidade médica[57] tem caráter subjetivo, ou seja, depende da comprovação de culpa em qualquer de suas modalidades (negligência, imprudência, imperícia) a fim de caracterizar o dever de indenizar, conforme preceitua o disposto nos arts. 186, 187, 927 e 951 do CC, e no art. 14, §4º, CDC. Em relação às clínicas de reprodução e ao laboratório, a responsabilidade civil é objetiva, independente de culpa, em razão do risco do empreendimento (art. 14, 20 do CDC, 927, parágrafo único, 932, do CC),[58] respondendo, inclusive, pelos atos dos seus funcionários, prepostos

---

53 MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo/SP, v. 827, p. 11-48, 2004.

54 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 969015/SC. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 28 de abril de 2011.

55 Em sentido contrário: SOUZA, Eduardo Nunes de. Do Erro à culpa: Na responsabilidade civil do médico. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 95-96. SOUZA, Alex Pereira, COUTO FILHO, Antonio Ferreira. Responsabilidade civil médica e hospitalar. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 44. NILO, Alessandro Timbó; AGUIAR, Mônica. Responsabilidade civil dos médicos e contratos de tratamento. *Revista dos Tribunais*. v. 997/2018, p. 105-134. Nov./2018.

56 Genival Veloso de França defende que o médico não pode fugir da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de "lei de ordem pública e interesse social". FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010. p. 36

57 Cf. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Palma. ano 01, v. 02, 2000.

58 Apesar de a atividade médica ser cercada de riscos, tendo em vista as vicissitudes do organismo humano, a ela não se tem aplicado a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, tampouco o art. 14 do CDC, neste caso até por disposição expressa do art. 14º, §4º do mesmo diploma legal, que estabelece ser subjetiva a responsabilidade do profissional liberal. Nesse sentido já se pronunciou a doutrina, cabendo citar os ensinamentos de: KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade civil dos hospitais: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 103-104, e SOUZA, Henrique Freire de

(art. 932, III do Código Civil) e merece uma análise individualizada. E para os fabricantes dos produtos utilizados para análise aplicam-se os arts. 12 e 18, ambos do CDC.

Ressalta-se a hipótese de, em casos que envolvem a análise de ato médico, sustentar-se a teoria de que seja aplicada a responsabilidade subjetiva para as clínicas e hospitais,[59] pois esses agentes prestam mais de um tipo de serviço (ex: serviço médico e serviço de hotelaria).[60] [61]

À responsabilidade envolvendo atividade médica, doutrina e jurisprudência têm aplicado a classificação obrigacional para definir se determinado ato médico constitui obrigação de meio ou de resultado. A obrigação de meio é aquela cuja prestação se limita ao exercício de uma atividade diligente e prudente em benefício do credor, não se esperando um resultado, pois configura adimplemento o mero empenhar-se, a presteza, a eficiência, o zelo, com o emprego da técnica que a atividade necessita (*obligatio ad diligentiam*). A obrigação de resultado[62] é aquela em que o objeto do contrato é o alcance da prestação pactuada, ou seja, um determinado fim, sob a pena de configurar inadimplemento, pelo que

---

Oliveira. A Responsabilidade civil na área de saúde privada: Operadoras de planos de saúde, médicos e hospitais prestadores de serviço. 2. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código de Ética Médica e novo rol de procedimentos da ANS. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010. p. 119.

[59] Em sentido contrário: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 616058/RJ, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Data do Julgamento: 27/11/2018.

[60] "Dessa maneira, a responsabilidade hospitalar pode derivar de serviços tipicamente nosocomiais ou estritamente médicos. Porém, não será possível imputar a responsabilidade ao hospital se inexiste falha nos serviços tipicamente hospitalares – no caso do dano hospitalar, em responsabilidade objetiva tradicional – ou, por outro lado, se não foi detectado qualquer defeito na atuação do profissional liberal, no caso do dano médico por responsabilidade objetiva mitigada – figurando a culpa médica como defeito do serviço e nexo de causalidade entre o ato culposo do preposto do nosocômio e o dano suportado pelo paciente." CASAS MAIA, Maurilio. A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexo causal na harmonização entre o caput e o §4° do art. 14 do CDC. Revista de Direito do Consumidor, v. 99, p. 233-257, 2015.

[61] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.253.588 / DF. Relator Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 28 de agosto de 2018.

[62] Sobre obrigação de meio e resultado merece leitura: STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade civil. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos de responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 532-533.

não basta a presteza, a diligência na execução, é necessária a entrega do resultado prometido.

A classificação de uma determinada obrigação como de meio ou resultado deve ser feita de forma casuística, pela análise concreta da declaração da vontade das partes na formação da relação jurídica e o tipo de informação prestada ao contratante, observando o recrudescimento do dever de informar.

No contrato de prestação de serviço médico de inseminação artificial, Fernando David de Melo Gonçalves[63] defende haver, implicitamente, uma obrigação de resultado a ser perseguida, consubstanciada na manutenção da incolumidade física do paciente, e uma obrigação de meio como a seleção de gametas e o êxito da inseminação artificial em si. No entanto, a obrigação será definida de acordo com o que foi prometido ao paciente, tudo dependerá da informação prestada e da confiança gerada.

Em se tratando de exame laboratorial, o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência[64] é que constitui obrigação de resultado, o que interfere diretamente na verificação do descumprimento contratual e na distribuição da carga probatória.[65]

O dever de indenizar nos casos que envolvem o diagnóstico pré-implantacional de embrião surgirá tão somente quando presentes os seguintes elementos: i) defeito ou vício na prestação do serviço médico-laboratorial; ii) nexo de causalidade entre falha do diagnóstico ou no dever de informar e o nascimento de criança com doença que fora objeto de análise no exame; e iii) a ocorrência de dano.

---

63 GONÇALVES, Fernando David de Melo. Responsabilidade civil do médico e dos bancos de sêmen na Inseminação artificial. *Consulex: revista jurídica*, v. 13, n. 292, p. 44-46, mar. 2009.

64 KFOURI NETO, Miguel. Resultado falso negativo. In:V. LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO,
Antônio Macena de. Direito Médico. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 271-301. Cabe citar a seguinte decisão: "[...] 3. A obrigação do laboratório de análises clínicas é de resultado, de natureza objetiva, de forma que havendo má prestação dos serviços laboratoriais, culminando no erro de diagnóstico, o lesado tem direito à indenização por danos morais. Precedentes. 4. Agravo interno desprovido." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 902796/RJ. Relator Ministro Marco Buzzi. Brasília, 12 de dezembro de 2017.

65 RENTERÍA, Pablo Valdemar. A atual relevância da distinção entre obrigação de meios e de resultado no direito brasileiro. (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

Deve-se avaliar a existência ou não de defeito ou de vício do serviço; se houve negligência por parte do médico no dever de informar; na seleção de um embrião para implantação no processo de procriação assistida; se o exame foi laudado de forma errada; e se o responsável pelo exame, seja médico, geneticista, biólogo, falhou na análise do material genético. Cabe ponderar que a informação prestada pelo médico, pela clínica e pelo laboratório acerca do exame, dos insucessos possíveis, os casos de resultados inconclusivos,[66] entre outros, pode influenciar na responsabilização (art. 14, *caput*, parte final, 20, *caput*, parte final, do CDC), seja para afastar ou até para caracterizá-la independentemente de erro de diagnóstico, pois é possível responsabilizar o profissional, a clínica ou o laboratório apenas pela falta de informação.[67] Além disso, deve-se verificar se teria alguma hipótese de excludente de responsabilidade, principalmente algo que provoque a quebra do nexo de causalidade[68] (art. 14, §3º) ou a ausência de culpa médica (art. 14, §4º).

---

[66] Em sede de responsabilidade civil laboratorial é comum a análise de resultados falso positivo ou falso negativo, pelo que merece citar as seguintes decisões: "[...] 6. Em se tratando da realização de exames médicos laboratoriais, tem-se por legítima a expectativa do consumidor quanto à exatidão das conclusões lançadas nos laudos respectivos, de modo que eventual erro de diagnóstico de patologia ou equívoco no atestado de determinada condição biológica implica defeito na prestação do serviço, a atrair a responsabilidade objetiva do laboratório. 7.Consoante preconiza a jurisprudência desta Corte, os laboratórios possuem, na realização de exames médicos, efetiva obrigação de resultado, e não de meio, restando caracterizada sua responsabilidade civil na hipótese de falso diagnóstico. Precedentes. [...] 10. Perante o consumidor responde apenas o laboratório, pois o médico subscritor do laudo do exame de DNA não se enquadra no conceito de fornecedor, haja vista que não ofereceu no mercado qualquer serviço, atuando como mera mão de obra daquele. Assim, é despiciendo perquirir acerca da existência de culpa do médico na realização do exame, discussão que somente interessa ao laboratório e seu preposto, em eventual ação regressiva. [...] 12. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.386.129 / PR. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 13 de outubro de 2017. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 766.078/PR. Relatora Ministra Isabel Gallotti. Brasília, 05 de setembro de 2012.

[67] Nesse sentido: Responsabilidade civil do médico por inadimplemento do dever de informação. Necessidade de especialização da informação e de consentimento específico. Ofensa ao direito à autodeterminação.Valorização do sujeito de direito. Dano extrapatrimonial configurado. Inadimplemento contratual. Boa-fé objetiva. Ônus da prova do médico. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1540580 / DF. Brasília, 04 de setembro de 2018.

[68] A título de ilustração merece trazer à colação decisão que afastou a responsabilidade do laboratório por ausência de prova quanto ao nexo de causalidade entre eventual

Quanto aos danos ressarcíveis, estes são interpretados à luz do princípio da reparação integral previsto na Constituição Federal (art. 5º,V, X, XXII) e no art. 403 e 944 do Código Civil, que estabelece a regra da extensão do dano como medida de reparação, o que abrange tanto o *an debeatur* (aferição da reparação) como o *quantum debeatur* (quantificação da reparação). Esse princípio, segundo Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, "traduz pilar essencial de responsabilidade civil, verdadeiro mandado de otimização, que visa a promover a reparação completa da vítima, na medida da extensão dos danos sofridos."[69] No entanto, esse princípio não tem caráter absoluto e deve ser ponderado juntamente com outros e observado o caso concreto, a exemplo da própria previsão legal (art. 944, parágrafo único, do CC) além de significar o limite da reparação, pelo que a vítima não poderá receber além das projeções da lesão ao seu patrimônio, a fim de que não aufira lucro da situação danosa.

A falha no diagnóstico pré-implantacional, seja técnica ou informacional, gera a perda da chance[70] pelo (s) genitor (es) do exercício do direito ao descarte ou intervenção médica no embrião em busca da cura, que pode refletir tanto na esfera patrimonial como extrapatrimonial, com a reparação e compensação dos danos.

Na esfera extrapatrimonial, destacam-se como bens merecedores de tutela: a autonomia reprodutiva do (s) genitor (es), que foi violada, desrespeitando o planejamento familiar, e, quando se tratar de

---

erro de diagnóstico de exame pré-natal e doença apresentada pela criança: RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0015225-41.2008.8.19.0207. Relator Desembargador André Emílio Ribeiro Von Melentovytch. Rio de Janeiro, 20 de agosto de 2013.RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível n. 70078897568, Décima Câmara Cível, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 13/12/2018.

[69] MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Há limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro? In: MATOS, Ana Carolina Harmutiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Org). *Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema:* Anais do Congresso de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil. 1. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2018, p. 148.

[70] Cf. PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; BERALDO, Anna de Moraes Salles. A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil.* RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2011, v. III, p. 169-196. Pela aplicação da teoria da perda de uma chance nessas hipóteses: GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e o direito à vida à luz da responsabilidade civil, in: MARTINS-COSTA, Judith. LÜDWIG, Letícia. Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Gen, 2009, p. 418-420.

falha no dever de informar, acrescenta a violação à autodeterminação informativa, ambos integrantes da dignidade da pessoa humana, da autonomia existencial.

A indenização não deve se dar pelo nascimento de uma vida humana, muito menos por ter a pessoa alguma doença, já que esta não pode ser motivadora de discriminação, devendo observar o preceito constitucional (art. 3°, IV), a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (art. 5°, §3°, CF, Decreto n. 6.949/2009), e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), como já se posicionaram Nelson e Cíntia Konder[71] e André Gonçalves Dias Pereira.[72]

Em relação ao plano patrimonial (dano emergente e lucros cessantes), indaga-se, independentemente dos danos decorrentes das despesas com exame ou aconselhamento, que tipos de danos em relação à criança com determinada doença seriam passíveis de reparação, se apenas os gastos extras referentes ao seu tratamento ou se também as despesas com o custeio normal de vida, sua manutenção, que decorrem do poder familiar e seria indenizável sob a rubrica de pensão alimentícia e que abarca diversos gastos rotineiros (alimentação, educação, saúde etc.).

Como a indenização na esfera extrapatrimonial não contempla o nascimento da criança, no âmbito patrimonial também não deve abarcar o custeio com a criança, até porque ela fazia parte do planejamento familiar, e essa obrigação decorre da lei (art. 227, CF, art. 1.631, I, do Código Civil, art. 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente), apenas devem ser ressarcidos os gastos com o tratamento médico da doença,

---

[71] KONDER, Carlos Nelson; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Violações à autonomia reprodutiva no cenário das novas tecnologias. In: Gustavo Tepedino; Ana Carolina Brochado Teixeira; Vitor Almeida. (Org.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 217-232.

[72] "no plano do dano não patrimonial dos pais, apenas se deverá atender à compensação pelas dores e incómodos causados pela gravidez e pelo parto e pelo "choque" do nascimento de um bebé com características diferentes das esperadas. Nenhum dano moral deve ser atribuído pela existência de uma pessoa deficiente, pois esse dano – embora possa existir no plano psicológico – não "merece a tutela do direito" (art. 496°, n. 1, CC). Com efeito, uma solução que afirmasse o desvalor da vida deficiente estaria em contradição com toda uma panóplia de legislação, incluindo a Convenção das Nações Unidas – Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência – com vista à proteção da pessoa deficiente e o combate à sua discriminação..." PEREIRA, André Gonçalo Dias. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Portugal: Coimbra, 2015. p. 255.

as despesas não calculadas e não esperadas pelo (s) genitor (es). É nesse sentido que se tem inclinado a doutrina portuguesa.[73]-[74]

O valor da indenização dos danos extrapatrimoniais será arbitrado pelo julgador,[75] tendo em vista as peculiaridades de cada caso concreto e o pedido formulado (art. 292, inciso V, CPC). O cálculo da indenização por dano patrimonial dependerá de comprovação de despesas (art. 949 do CC), e, em alguns casos, será arbitrado em sede de liquidação (arts. 491, 509 a 512, todos do CPC).

Ao examinar a jurisprudência pátria,[76] que tem enfrentado de certa forma a ocorrência de gravidez indesejada em virtude de erro de diagnóstico nos casos de exames de espermograma,[77] em defeitos em cirurgias de esterilização, ou pela falha no dever de informar,[78] seja em

---

[73] PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente.* Portugal: Coimbra, 2004.

[74] "Não temos a menor dúvida quanto ao ressarcimento dos pais em qualquer das situações: i) Na wrongful birth action por danos morais e patrimoniais. Não todos os custos derivados da educação e sustento de uma criança, mas tão-só os relacionados com a deficiência da criança, pois os pais aceitaram voluntariamente aquela gravidez, logo, "conformara-se" com as despesas do primeiro tipo, que derivam da lei (art. 1.878/1 CC) por força do poder paternal." RAPOSO, Vera Lúcia. As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica. Publicado por Imprensa da Universidade de Coimbra. Disponível em <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng> Acesso em: 27 dez. 2018. p. 88.

[75] A extensão do dano extrapatrimonial esbarra na dificuldade de arbitrar o valor da indenização a ser paga pelo ofensor de forma a garantir a reparação integral do dano e evitar o enriquecimento sem causa. A jurisprudência utiliza, normalmente, como critérios: i) a gravidade ou extensão do dano; ii) o grau de culpa do agente; iii) a situação econômica do ofensor; iv) as condições do ofendido, e dispensa prova específica por reputar se tratar de dano *in re ipsa*. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil:* Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 1. ed. São Paulo, Atlas, 2007. p. 200.

[76] Para uma análise no plano internacional, merece leitura: WEVERS, Kate. Prenatal torts and pre-implantation genetic diagnosis. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 24, Number 1 Fall 2010. Disponível em: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v24/24HarvJLTech257.pdf> Acesso em: 8 fev. 2019.

[77] RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0001259-36.2010.8.19.0079. Relatora Desembargadora Mônica Feldman de Mattos. Rio de Janeiro, 14 de março de 2016.

[78] RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0006291-40.2009.8.19.0052. Relator Desembargador Luiz Henrique Oliveira Marques. Rio de Janeiro, 22 de julho de 2016.

caso de vasectomia ou ligadura de trompa, falha nos métodos contraceptivos, verifica-se indenização apenas por danos morais[79] e em outras situações também por danos materiais na forma de pensão alimentícia até a criança atingir a maioridade civil ou vitalícia.[80] Esses casos se diferem do ora analisado, pois ter uma criança faz parte do planejamento familiar do paciente de reprodução assistida; o que estava fora do plano era o nascimento de uma criança com uma doença que se pretendeu evitar.

Os casos de "nascimento indesejado" ligados ao diagnóstico pré-implantacional devem ser analisados de forma individualizada a fim de melhor definir os agentes responsáveis e os danos passíveis de reparação e compensação, cabendo ao aplicador do Direito ponderar os interesses merecedores de tutela e garantir o respeito à dignidade dos partícipes do processo de reprodução humana assistida, conferindo efetividade à reparação integral do dano.

4. Considerações finais

O aumento substancial do número de embriões analisados em diagnóstico pré-implantacional dos pacientes de FIV,[81] trazem reflexões de ordem ética, bioética e jurídica acerca do descarte do embrião, entre outros reflexos. Com novos tratamentos médicos surgem outras hipóteses de lesão a bens jurídicos merecedores de tutela e que acabam por refletir na seara da responsabilidade civil.

Antes mesmo da realização do DGP pode haver falhas no aconselhamento genético; na obtenção do consentimento livre e esclarecido, o que independe dos aspectos técnicos de apuração do diagnóstico e de eventual erro no resultado quanto à apuração de alguma doença genética ou de alteração cromossômica.

---

79 RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível n. 70021020664, Décima Câmara Cível, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 06/03/2008.
RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação n. 0012472-04.2014.8.19.0207, Relator: Des(a). Andre Emilio Ribeiro Von Melentovytch, Vigéssima Primeira Câmara Cível, Julgamento: 06/11/2018.

80 RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0001464-48.2000.8.19.0004. Relatora Desembargadora Lucia Maria Miguel da Silva Lima. Rio de Janeiro, 06 de dezembro de 2013.

81 De acordo com os dados apurados pela Dra. Marcia Riboldi, diretora e responsável técnica da Igenomix Brasil, em 2017 foram analisados 9.268 embriões e, em 2018, 17.178, apresentando um percentual em 2017 de 41 embriões normais cromossomicamente (PGS), e em 2018, 39, sendo a média de idade materna em 2017, 37 e em 2018, 38.

O reconhecimento judicial de casos envolvendo exames feitos em embriões na fase pré-implantatória, ou seja, antes de serem implantados no útero da mulher, permanece controverso por muitas razões, entre elas, pelo potencial impacto na própria criança, no processo discriminatório que pode gerar em relação às pessoas que vivem com deficiências, busca de uma sociedade "perfeita", que acaba por desaguar no comportamento inerente a um valor monetário da humanidade e da pureza de raça.

A alegação de uma gravidez injusta pelo nascimento de uma criança com alguma doença genética ou alteração cromossômica não é o que atrai o direito à reparação ou a compensação de danos, pois o que se indeniza não é propriamente o nascimento de uma criança debilitada, mas a perda da oportunidade de decidir de forma consciente pelo descarte do embrião e a não continuidade do projeto parental, ou, até mesmo, de seu tratamento, caso seja possível e aceita pelo ordenamento jurídico esse tipo de intervenção. A aplicação do dever de indenizar os danos materiais e morais sofridos pelos pacientes no caso vertente não afasta os dilemas acerca da legitimidade do descarte de embrião, mesmo que de embriões considerados não saudáveis.

A responsabilização de alguns ou de todos os agentes que intervêm no processo de procriação assistida pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pelos pacientes-genitores deve ocorrer de acordo com o caso concreto, de forma a evitar a banalização do instituto. Devem os julgadores seguir os limites das cláusulas gerais da responsabilidade civil, identificar seus elementos e, à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da socialização das perdas e riscos, da reparação integral do dano, utilizar como instrumento balizador a proteção dos bens jurídicos merecedores de tutela: autonomia reprodutiva e autodeterminação informacional.

Não se pretende, com o giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto, identificar novos danos ou desvirtuar o instituto da responsabilidade civil, mas sim lhe dar efetividade à sua reparação e compensação. Os desafios estão postos e caberá aos aplicadores do direito refletir e propor mecanismos de resolução das novas situações jurídicas sem se afastar dos valores éticos e constitucionais.

Referências

BARBOZA, Heloisa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. *Lex Medicinae. Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Coimbra, v. 1, n. 2, jul./dez. 2004. p. 5-14.

______. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.

______. Direito dos transexuais à reprodução. In: Maria Berenice Dias. (Org.). *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 264-279.

______. Estatuto Ético do Embrião Humano. In: Daniel Sarmento; Flavio Galdino. (Org.). *Direitos Fundamentais:* estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 527-549.

______. Reprodução assistida e o novo código civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. cap. 9.

______. Proteção jurídica do embrião humano. In: Carlos Maria Romeo Casabona; Juliane Fernandes Queiroz. (Org.) *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 248-270.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Vida humana e ciência*: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito: normas internacionais da bioética. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional: RDCI, v. 14, n. 56, jul./set. 2006, p. 113-161.

BARBAS, Stela. Testes genéticos, terapia génica, clonagem. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 309-328.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios da ética Biomédica*. Tradução Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BORGES, Gustavo Silveira; MOTTIN, Roberta Weirich. *Erro médico e consentimento informado*: panorama jurisprudencial do TJRS e do STJ. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO (LONDRINA), v. 12, p. 14-45, 2017.

______. *Entre a falibilidade humana e o erro*: proposta de delimitação e classificação do erro médico. REVISTA QUAESTIO IURIS, v. 11, p. 1963-1983, 2018.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 177-178.

CASAS MAIA, Maurilio. A responsabilidade objetiva mitigada hospitalar por dano médico: releitura jurisprudencial e a culpa médica como defeito e nexo causal na harmonização entre o caput e o §4° do art. 14 do CDC. Revista de Direito do Consumidor, v. 99, p. 233-257, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 532-533.'Conheça os diferentes tipos de exames genéticos utilizados na reprodução assistida'. Por Júlia Carneiro. Disponível em: <https://sbra.com.br/noticias/conheca-os-diferentes-tipos-de-exames-geneticos-utilizados-na-reproducao-assistida/ > Acesso em: 20 dez. 2018.

CORLETA, Helena Von Eye. Fertilização in vitro: mais de 4 milhões de crianças nascidas e um prêmio nobel. *Revista do Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 30, n. 4, p. 451-455, 2010.

CORRÊA, Marilena Cordeiro Dias Vilela. Bioética e reprodução assistida. Infertilidade, produção e uso de embriões. In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Brasília: Letras Livres, 2005.

DANTAS, Eduardo; CHAVES, Mariana. *Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida*: comentários à resolução 2.121/2015 CFM, Rio de Janeiro: GZ, 2018.

'Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos'. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf> Acesso em: 20 dez. 2018.

DINIZ, Debora. *Autonomia reprodutiva*: um estudo de caso sobre a surdez. Cad. Saúde Pública [*online*]. 2003, v.19, n. 1, pp. 175-181. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102311X2003000100019&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 30 dez. 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.

FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnaldo A. F.; SEGRE, Conceição A. M. Segre. Avanços em reprodução assistida. *Revista Brasileira de Crescimento Desenvolvimento Humano*. 2008; 18 (1).

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. Responsabilidade civil do médico e dos bancos de sêmen na Inseminação artificial. Consulex: revista jurídica, v. 13, n. 292, p. 44-46, mar. 2009.

GOZZO, Débora. *Diagnóstico pré-implantatório e a busca pela perfeição humana*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 92, p. 327-352, 2015.

______. Diagnóstico pré-implantatório e o direito à vida à luz da responsabilidade civil, In: MARTINS-COSTA, Judith. LÜDWIG, Letícia. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Gen, 2009, p. 391-422.

HOLANDA, Caroline Sátiro de. *Violação à liberdade reprodutiva*: uma análise dos pressupostos da responsabilidade civil para os casos de wrongful birth e wrongful life. In: XXI Congresso Nacional do Conpedi, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Revista de Direito do consumidor: RDC, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 24, n. 99, 2015. p. 101-123.

______.; KONDER, Cíntia Muniz de Souza. Violações à autonomia reprodutiva no cenário das novas tecnologias. In: Gustavo Tepedino; Ana Carolina Brochado Teixeira; Vitor Almeida. (Org.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2016, p. 217-232.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil dos hospitais:* código civil e código de defesa do consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

______. Resultado falso negativo. In:V. LANA, Roberto Lauro, FIGUEIREDO, Antônio Macena de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 271-301.

MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo/SP, v. 827, p. 11-48, 2004.

MEIRELLES, Ana Thereza. Possibilidades Neoeugênicas em Procriação Humana Artificial e Preservação do Patrimônio Genético. In: *XXII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2013, Curitiba. 25 anos da Constituição Cidadã. Florianópolis: FUNJAB, 2013. v. x. p. 218-241.

MENDES, Marcela Custodio; COSTA, Ana Paula Pimentel. *Diagnóstico genético pré-implantacional*: prevenção, tratamento de doenças genéticas e aspectos ético-legais. Revista Ciências Médicas e Biológicas, v. 12, p. 374-379, 2013.

MONTEIRO, António Pinto. Direito a não nascer? *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 19, p. 321-322, 2007.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Há limites ao princípio da reparação integral no direito brasileiro? In: MATOS, Ana Carolina Harmutiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. (Org). *Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema*: Anais do Congresso de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil. 1. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2018, p. 145-165.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Responsabilidade Civil no Diagnóstico Genético Pré-Implantacional. Revista de Direito Privado, v.. 51, p. 273 – 310, 2012.

NILO, Alessandro Timbó; AGUIAR, Mônica. Responsabilidade civil dos

médicos e contratos de tratamento. *Revista dos Tribunais.* v. 997/2018, p. 105-134. Nov. 2018.

OLIVEIRA, Guilherme. Um caso de seleção de embriões. In: OLIVEIRA, Guilherme. *Temas de direito da medicina.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 277-288.

OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem*: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003.

OTERO, Marcelo Truzzi. Contratos de gestação por outrem gratuitos e onerosos. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coords.). *Dos Hospitais aos Tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 279.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. Portugal: Coimbra, 2004.

______. *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Portugal: Coimbra, 2015.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. *Relação médico-paciente*: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

______. "A responsabilidade civil como instrumento de proteção à pessoa humana nos ensaios clínicos", apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Direito Civil. No prelo.

______.; BERALDO, Anna de Moraes Salles. A responsabilidade civil pela perda de uma chance na relação médico-paciente. In: Gustavo Tepedino; Luiz Edson Fachin. (Org.). *Diálogos sobre Direito Civil.* 1. ed. RIO DE JANEIRO: RENOVAR, 2011, v. III, p. 169-196.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas Atuais de Bioética*. 8. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Edições Loyola, 2008, p. 397.

RAPOSO, Vera Lúcia. *As wrong actions no início da vida (wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica.* Publicado por Imprensa da Universidade de Coimbra. Disponível em <https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%CC%81cio%20da%20vida%20(wrongful%20conception,%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life)%20e%20a%20responsabilidade%20me%CC%81dica.pdf?ln=eng> Acesso em: 27 dez. 2018.

RENTERÍA, Pablo Valdemar. A atual relevância da distinção entre obrigação de meios e de resultado no direito brasileiro. (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALES, Ramiro Gonçalves; ALCÂNTARA, Régis Luiz Jordão de. Diagnóstico Genético de Pré-Implantação, Dignidade da Pessoa Humana e Eugenia Liberal. In: *CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. (Org.). XXI Encontro Nacional do CONPEDI – BIODIREITO. 1. ed. FLORIANÓPOLIS: Fundação Boiteux, 2012, v. XXI, p. 878-909.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, Alex Pereira, COUTO FILHO, Antonio Ferreira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Eduardo Nunes de. *Do Erro à culpa*: Na responsabilidade civil do médico. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

SOUZA, Henrique Freire de Oliveira. *A Responsabilidade civil na área de saúde privada*: Operadoras de planos de saúde, médicos e hospitais prestadores de serviço. 2. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o novo Código de Ética Médica e novo rol de procedimentos da ANS. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião Humano: Sua Personalidade e A Embrioterapia. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14978> Acesso em: 30 dez. 2018.

'Tecnologia permite evitar doenças no filho antes do nascimento'. Por Júlia Carneiro. Disponível em: <https://sbra.com.br/noticias/tecnologia-permite-evitar-doencas-no-filho-antes-do-nascimento/ > Acesso em: 20 dez. 2018.

TELES, Natália Olivia. Diagnóstico Genético Pré-Implantação – Aspetos Técnicos e Considerações Éticas, Acta Med Port. 2011; 24(6):987-996. Disponível em: <http://repositorio.insa.pt/handle/10.400.18/913> Acesso em: 27 dez. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Palma. ano 01, v. 2, 2000.

VITZTHUM, Wolfgang Graf; KÄMMERER, Jörn Axel. *Derecho y Medicina en Alemania:* Algunos problemas contemporaneos. *Diálogo Científico*, v. 7, n. 2, p. 14, 1998.

WEVERS, Kate. Prenatal torts and pre-implantation genetic diagnosis. Harvard Journal of Law & Technology, v. 24, Number 1 Fall 2010. Disponível em: <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v24/24HarvJL-Tech257.pdf> Acesso em: 8 fev. 2019.

14

O Dano moral coletivo e a Hidra de Lerna

Fabio Schwartz[1]

1. Introdução

A perda de força dos elementos tradicionais da responsabilidade civil, como a culpa e o nexo causal, provocou a ascensão do dano, o qual passou a ter papel de destaque, redundando num grande movimento de expansão do dano ressarcível.

O dano moral coletivo e o dano social são exemplos desse fenômeno de transição da ótica individualista para uma percepção transidividual, desta feita despida de qualquer conotação econômica.

O presente trabalho pretendeu lançar luzes sobre o que descreve a doutrina acerca de tais "novos danos" e, pelo método descritivo, dedutivo e indutivo, traçar uma diferenciação dos institutos.

A conclusão a que se chegou é a de que o dano social, em verdade, corresponde à banda de proteção aos direitos e interesses difusos, já devidamente abarcados pelo dano moral coletivo. Portanto, não poderia ser objeto de pleito em ação individual e, muito menos, ter a indenização revertida ao autor da demanda, em detrimento do Fundo de Direitos Difusos.

---

[1] Doutorando em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Cândido Mendes – Centro – RJ. Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela UNESA - Professor de Direito do Consumidor na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – FESUDPERJ. Membro da Comissão de Professores de Direito do Consumidor do Brasilcon. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Contato: <fabioschwartz@ig.com.br>.

2. O movimento de expansão do dano ressarcível

A insatisfação com a teoria subjetiva veio se intensificando no último quartel do séc. XX. Diante do desenvolvimento da sociedade, múltiplas foram as demonstrações de sua insuficiência para cobrir todos os casos de reparação. Avultavam-se inúmeros casos em que o lesado não conseguia superar o filtro da culpa, principalmente em razão da desigualdade econômica, cuja capacidade organizacional da empresa contribuía sobremaneira para refutação da culpa, relegando a vítima a um esforço quase hercúleo no exercício dos meios de prova dispostos.[2]

Daí porque a culpa e o nexo causal, tradicionais filtros para a reparação, vêm sendo paulatinamente enfraquecidos nos últimos anos. Em outras palavras, a prova da culpa e do nexo causal vêm perdendo importância como pressupostos para a responsabilização civil. É evidente o despontar de uma grande gama de casos de acolhida jurisdicional de demandas em que, por exemplo, diante da incapacidade da vítima de demonstrar a culpa, a condenação advém pela via da assunção do risco.[3]

A teoria do risco compõe a ideia de que cada um deve suportar os riscos de sua atividade. Assim, nas palavras de Carbonnier[4], a responsabilidade objetiva "*não importa em nenhum julgamento de valor sobre os atos do responsável. Basta que o dano se relacione materialmente com estes atos, porque aquele que exerce um atividade deve-lhe assumir os riscos*". Logo, responsável seria aquele que tira proveito, ou seja, onde estivesse o ganho, estaria o encargo. Se alguém põe em funcionamento uma atividade qualquer, responde pelos eventos danosos que essa atividade gera, independentemente de determinar se o dano é devido à imprudência, à negligência, ou à imperícia por parte de algum de seus prepostos.[5]

A nova sociedade de risco enfraquece o racionalismo individualista da era industrial. Neste período pós-industrial, há nítida mudança de paradigma, importando numa solidariedade ainda maior da responsabilidade quanto

---

[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil.* Atualizador: Gustavo Tepedino. 12ª Ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 346.

[3] SCHEREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.* 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

[4] *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 27.

[5] Ibidem, p. 355.

aos riscos.[6] Na modernidade reflexiva[7], o conjunto de riscos decorrentes do desenvolvimento tecnológico e científico não pode mais ser contido espacial ou temporalmente. Necessário, mais do que nunca, portanto, que os riscos sejam socializados, sendo tal realidade totalmente consentânea com o sistema de responsabilidade objetiva, o que denota o acerto do CDC no seu estabelecimento com regra.[8]

Pois bem, com a perda de força dos elementos tradicionais da responsabilidade civil, observa-se a ascensão do dano que, após décadas operando em patamar secundário, passa a ter papel de destaque, sendo observado um grande movimento de expansão do dano ressarcível, mormente o rol de hipóteses de dano moral.[9]

Fala-se em expansão quantitativa[10] e qualitativa do dano ressarcível. Para este trabalho interessa a banda qualitativa, cuja designação diz respeito aos novos interesses modernamente tutelados, de natureza existencial e coletiva, atinentes à pessoa humana. Tais interesses, identificados como transidividuais[11], vêm ganhando maior relevo e proteção no Brasil, obrigando os operadores do direito a buscarem novas bases teóricas, desta feita, despidas da ótica individualista e patrimonialista vigente até então.

---

[6] Conforme pontua Maria Celina Bodin de Moraes "em nossa época, é voz corrente – há muitíssimas mais ocasiões de risco, de perigo, em decorrência, não só, mas também, do acentuado desenvolvimento tecnológico; neste sentido, conclui-se ter havido um real incremento das possibilidades de causação de danos. A esta constatação deve acrescentar-se uma outra, mais relevante nesta sede: numerosas são as situações de danosas antes ignoradas, seja pelo ordenamento jurídico, seja pela própria vítima, e hoje tuteladas com fundamento no princípio da dignidade humana, suscitando a imprescindível reparação. (in *Danos à Pessoa Humana:* Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 150).

[7] No processo de modernidade reflexiva, os avanços tecnológicos e científicos revelam-se em um problema em si mesmos. A constatação de que a ciência repousa em areia movediça e de que "*tudo pode mudar*", nos impõe uma vida de incertezas contínuas, restando, portanto, desmistificada a noção de que maior conhecimento sobre a vida social signifique maior controle sobre o nosso destino. Assim, o rebaixamento dos níveis de confiança é inversamente proporcional ao aumento da consciência do risco. (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 40-45)

[8] BECK, Urich. *Sociedade de risco:* Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 43.

[9] SCHEREIBER, Anderson, op. cit., p. 84.

[10] Quantitativa em razão do aumento do número de ações de ressarcimento por danos morais, por exemplo, o qual vem gerando críticas de que estaríamos diante de uma verdadeira "indústria do dano moral" no Brasil. (loc. Cit.)

[11] Também chamados supraindividuais ou metaindividuais.

3. O dano moral coletivo como nova espécie de dano

O desenvolvimento dos direitos da personalidade ensejou uma abertura da teoria da responsabilidade civil para o reconhecimento de novos danos. Ou seja, a consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundamental vem implicando numa mudança de foco da figura do tradicional dano patrimonial para o dano não patrimonial (ou extrapatrimonial).[12] Assim, entende-se que os indivíduos são titulares também de direitos personalíssimos, divorciados de qualquer conotação econômica. São os chamados danos morais que atingem atributos valorativos, ou virtudes da pessoa como ente social.[13] A doutrina, nas palavras de Maria Celina Bodin, conceitua o dano moral como aquele que

> independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros.[14]

Modernamente é aceita a concepção de que o dano moral tem como pressuposto a ofensa ou violação de algum direito da personalidade, sendo certo que eventuais perturbações psicológicas ou espirituais, são conseqüências que podem até mesmo nem ocorrer, como, por exemplo, no caso de uma pessoa que ficou em estado comatoso em decorrência de um ato ilícito. Imagine a hipótese de negativa, por parte do plano de saúde, em autorizar procedimentos imprescindíveis à manutenção da vida do consumidor. Neste caso, a obtenção das autorizações devidas pela via judicial, a despeito da falta de consciência do autor, ensejará a condenação da operadora em compensações por danos morais em favor deste paciente.[15]

Além da consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundamental norteador da proteção dos indivíduos, verificou-se forte movimento rumo à *coletivização* da proteção a ataques a direito ou interesse de grupos sociais protegidos. Daí o desacerto de parte da doutrina

---

[12] BODIN, Maria Celina de Morais, op. cit., p. 155.

[13] Ibidem, 155.

[14] Ibidem, p. 156.

[15] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48.

tradicional e da jurisprudência que até pouco tempo ainda insistia em atrelar a ideia de dano moral coletivo a aspectos anímicos, tais como dor, sofrimento e humilhação.[16] Porém, não se tem dúvidas de que a coletividade também possui valores extrapatrimoniais que devem ser preservados, mormente aqueles atinentes aos direitos à personalidade, os quais independem de transtornos psicofísicos.

No dano moral coletivo não se cogita de compensação ou satisfação de alguma dor ou sofrimento de um sujeito individualizado. Como observa André de Carvalho Ramos "*o ponto-chave para a aceitação do chamado dano moral coletivo está na ampliação de seu conceito, deixando de ser o dano moral um equivalente da dor psíquica, que seria exclusividade de pessoas físicas*". Sobressai, portanto, a finalidade dissuasória ou exemplar do montante indenizatório, que atua como fator de desestímulo de comportamentos lesivos semelhantes por parte do réu ou de terceiros.[17]

Bittar Filho reforça a desvinculação dos sentimentos de dor e humilhação ao conceituar o dano moral coletivo como sendo a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos.[18]

O dano moral coletivo, portanto, resulta de uma nova conformação doutrinária, que busca uma ordem jurídica mais justa e preocupada com valores fundamentais atinentes a toda sociedade, partindo-se da idéia de um patrimônio coletivo e indivisível, inerente aos homens em sua dimensão social.[19]Atualmente a jurisprudência do STJ se encontra pacificada quanto ao cabimento de condenação em danos morais coletivos, conforme aresto abaixo

> **"(...) A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte dispõe que "o dano moral coletivo é categoria autônoma de dano que não se identifica**

[16] Neste sentido, colha-se acórdão do STJ: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147)

[17] Ibidem, p.66.

[18] BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro.* RDC n. 12, p. 55. São Paulo: Editora RT, out-dez. 1994.

[19] ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, op. cit., p. 60.

com os tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), mas com a violação injusta e intolerável de valores fundamentais titularizados pela coletividade (grupos, classes ou categorias de pessoas). Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais" (REsp 1.643.365/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/6/2018, DJe 7/6/2018).[20] (GRIFEI)

Assim, o dano moral coletivo pressupõe que possa ocorrer agressão a bens e valores comuns a toda uma coletividade de pessoas, extrapolando-se, assim, a individualidade de cada um. E a base normativa para o reconhecimento da tutela de tais interesses se encontra perfeitamente ancorada, tanto a nível constitucional quanto infraconstitucional, razão pela qual não havia mesmo motivos idôneos para a resistência inicial quanto ao reconhecimento de sua ressarcibilidade.[21]

Ora, a Constituição brasileira é pródiga em destilar proteção a interesses supraindividuais. Como exemplo observa-se a ampla preocupação com o meio ambiente, além da moralidade administrativa e o patrimônio histórico e cultural, por exemplo.[22] Porém, foi o Código de Defesa do Consumidor quem abarcou expressamente a reparabilidade de tais danos, em seu artigo 6°, inciso VI, tendo o artigo 110, de suas disposições finais, modificado a redação do art. 1°, inciso VI, da Lei 7.347/85, para incluir a possibilidade de deflagração de ações por danos morais e patrimoniais causados "a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".[23]

Por fim, é preciso deixar bem pontuado que a despeito da nomenclatura "dano moral coletivo", o dano extrapatrimonial supraindividual[24] pode ser fruto de lesão não só ao interesse coletivo em sentido estrito, nos termos do art. 81, inciso II do CDC[25], mas bem como a lesão aos

---

20 AgInt no AREsp 1312148/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 17/09/2018, DJe 20/09/2018.

21 SCHEREIBER, Anderson, op. cit., p. 88

22 Ibidem.

23 Art. 6° São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (...)

24 Nomenclatura sugerida por SCHEREIBER, Anderson, op. cit., p. 90.

25 II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe

interesses difusos, nos termos do inciso I[26], e aos direitos individuais homogêneos, na forma do inciso III.[27]Forte corrente doutrinária patrocina que a expressão "Direito ou Interesse Coletivo" é gênero, que abarca as espécies acima referidas.

Ademais, foi reconhecido na V Jornada de Direito Civil do CFJ/STJ, ao dispor o Enunciado 455 a seguinte redação: "A expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas".

Como se vê, além das espécies até aqui referidas neste trabalho (dano moral difuso e dano moral coletivo em sentido estrito), o aludido enunciado elencou o dano social, como sendo espécie autônoma de dano. Neste particular, é preciso aprofundar um pouco mais para entender do que exatamente se trata tal categoria de interesses, conforme se fará no item adiante.

4. O dano social e o seu caráter difuso

As principais características dos interesses difusos, como é cediço, são a transidividualidade e indeterminabilidade dos titulares (aspecto subjetivo), e a indivisibilidade do bem jurídico (aspecto objetivo).

A transidividualidade significa que os direitos e interesses envolvidos ultrapassam a esfera individual, pertencendo a uma coletividade de pessoas. Assim, todos participam ao mesmo tempo de todos os interesses difusos. A indeterminação decorre justamente porque não há um vínculo jurídico anterior. Por ser absoluta, a indeterminabilidade não admite qualquer limitação externa.

A indivisibilidade, por sua vez, diz respeito ao fato de que pertence a todos os titulares ao mesmo tempo, sendo certo que a lesão de um importa na de todos e a satisfação de um importa, igualmente, na satisfação de todos os titulares.

Percebe-se, assim, que não pode haver titulares exclusivos nos interesses difusos. A ausência de titulares exclusivos fica claro quando pensamos

de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

[26] I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

[27] III - III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

na proteção dos idosos. É óbvio que a proteção deste grupo vulnerável interessa à sociedade como um todo. Também no que diz respeito à proteção dos deficientes. O que não dizer, também, do meio ambiente equilibrado, que interessa a toda a humanidade.[28]

Pois bem, fixadas as breves premissas acima, diga-se que um dos primeiros autores a elaborar apontamentos sobre a figura em epígrafe foi Antônio Junqueira Azevedo, sustentando que, ao lado do dano material, do estético e do dano moral, já consagrados na doutrina, haveria um novo tipo de dano, o qual designou como "dano social", tendo conceituado-o como sendo "*lesões a sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida*".[29] Portanto, o dano social seria aquele que extrapola o patrimônio material e moral da vítima, atingindo toda a coletividade.

---

[28] Neste sentido, ver: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA VISUAL. HIPERVULNERÁVEL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CONFECÇÃO NO MÉTODO BRAILLE. NECESSIDADE. DEVER DE INFORMAÇÃO PLENA E ADEQUADA. EFEITOS DA SENTENÇA. TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS STRICTO SENSU. SENTENÇA QUE PRODUZ EFEITOS EM RELAÇÃO A TODOS OS CONSUMIDORES PORTADORES DE DEFICIÊNCIA VISUAL QUE ESTABELECERAM OU VENHAM A FIRMAR RELAÇÃO CONTRATUAL COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DEMANDADA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL. INDIVISIBILIDADE DO DIREITO TUTELADO. DANO MORAL COLETIVO. INOCORRÊNCIA. 1. Na ação coletiva ajuizada por associação em defesa de interesses difusos e coletivos stricto sensu, **em que toda uma coletividade de deficientes visuais será beneficiada pelo provimento jurisdicional, inclusive com eficácia prospectiva, revela-se a natureza transindividual da discussão e a atuação da entidade no campo da substituição processual, o que afasta a necessidade de identificação dos seus associados**. 2.(...) 7. Os efeitos e a eficácia da sentença, na ação coletiva, não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo. Precedentes. 8. **A sentença prolatada na presente ação civil pública, destinada a tutelar direitos difusos e coletivos stricto sensu, deve produzir efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litiguem ou venham a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional**. 9. Recursos especiais parcialmente providos. GRIFEI (REsp 1349188/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 22/06/2016)

[29] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: *Revista trimestral de Direito Civil,* vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, Jul./set.2004, pp. 211-218.

Azevedo sustenta, portanto, que a lesão afetaria o sentimento de fiabilidade da coletividade em relação ao responsável pela atividade causadora do dano, uma vez que sobre todos os indivíduos integrantes da sociedade iria pairar insegurança quanto à possibilidade de repetição do ato lesivo. Assim, a condenação teria a função não só de impor uma reprimenda ao ofensor, mas bem como desestimular a repetição de condutas de igual teor depreciativo no futuro. Portanto, a indenização teria por base o vetor punição/desestímulo. A pena como resposta a um ato passado, além do valor desestímulo visando o futuro.[30]

Desta forma, condutas socialmente reprováveis e que causem inquietação social, como o rompimento em sequência de barragens em Minas Gerais, administradas pela Companhia Vale do Rio Doce, aliada a conduta dos estabelecimentos comerciais que aumentam os preços de forma abusiva, aproveitando-se da escassez repentina, gerariam danos os quais deveriam ser objeto de exemplar punição e acréscimo dissuasório, a fim de funcionarem como verdadeiro instrumento didático.[31]

A quebra da confiança na mineradora, no exemplo concreto acima destacado, decerto acarretou intranqüilidade e diminuição da qualidade de vida das pessoas que vivem próximas à outras barragens, razão pela qual, tal situação seria típica geradora do chamado "dano social", a ser imposto, inclusive, em face dos comerciantes inescrupulosos. Note-se que neste exemplo fica claro a presença das características - tanto subjetivas (transidividualidade e indeterminabilidade) quanto objetivas (indivisibilidade) - dos interesses difusos.

Por fim, o autor sustenta que a indenização por dano social não deveria ser dirigida ao Fundo de Direitos Difusos, pois os órgãos públicos legitimados já possuem grande demanda, razão pela qual não teriam condições de assumir ações dessa natureza. Ou seja, para o autor, a indenização deve ser entregue à vítima, a qual poderia manejar o pedido de dano social em uma ação individual.[32]

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do **RE nº 741868-GO**, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (Julgamento em 29/04/2013),

---

[30] Ibidem.

[31] Azevedo refere-se, como exemplo, a uma empresa de transporte aéreo que atrasa sistematicamente seus vôos o que geraria, ao seu sentir, diminuição das expectativas de bem-estar de toda população usuária destes serviços, situação em que não seria bastante apenas a indenização pelos danos patrimoniais e morais da vítima. (Ibidem)

[32] Ibidem.

admitiu a indenização por dano social, referendando a sentença de primeira instância, ponderando que

> interpretando-se teleologicamente a norma, tenho que em se tratando de punição do chamado dano social, o benefício deve vir em prol da mesma sociedade afetada. Assim, o valor a ser fixado pode ser revertido tanto para um dos Fundos existentes no município que têm cunho social ou mesmo de forma direta para uma entidade com o mesmo escopo.

Tratou-se de ação que narrava constrangimentos passados pelos consumidores para cancelamento de linha telefônica junto à operadora, a qual não oportunizava a portabilidade para outra empresa.

Enfim, doutrina e jurisprudência consagraram a figura do dano social, porém resta uma enorme dificuldade. Diante de sua natureza difusa, como diferenciá-la do "dano moral coletivo"?

5. As tentativas de diferenciar o Dano Moral Coletivo do Dano Social: Uma quimera

Quimera (Χίμαιρα) é uma figura mitológica, caracterizada por uma aparência híbrida de dois ou mais animais e a capacidade de lançar fogo pelas narinas. De acordo com a versão mais difundida da lenda, a quimera era um monstruoso produto da união entre Equidna - metade mulher, metade serpente - e o gigantesco Tifão.

Segundo o Dicionário Brasileiro Globo, o termo quimera, no seu sentido figurado, alude a qualquer composição fantástica; irrealizável; ilusão; utopia; absurdo.[33]Enfim, por mais que se busque diferenciar as duas figuras epigrafadas, o máximo que se consegue descrever é algo parecido com a *hidra de lerna,* a fera mitológica com corpo de dragão e várias cabeças (no nosso caso: duas cabeças), filha de Tifão e Equidna, que habitava um pântano junto ao lago de Lerna, na Argólida.[34]

Flávio Tartuce, no afã de desenvolver uma dicotomia convincente acerca dos institutos, defendeu que as expressões não seriam sinônimas, uma vez que o dano social também pode repercutir patrimonialmente no âmbito da sociedade, o que não ocorreria com o dano moral coletivo.

---

[33] FERNANDES, Francisco; LUFT, F. Marques Guimarães. *Dicionário Brasileiro Globo*. 56 ª ed. São Paulo: Globo, 2003.

[34] Hoje o que equivaleria à costa leste da região do Peloponeso, uma extensa península no sul da Grécia.

Como exemplo, cita um posto de gasolina que explode em razão de um cigarro jogado ao chão.[35]

Data vênia, repercussões materiais do dano moral, individual ou coletivo, não são critérios convincentes para a diferenciação pretendida. De uma mesma causa pode redundar danos morais e materiais, cumuladamente. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça, há muito sumulou o entendimento de que "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato" (súmula 37).

A deformidade ou aleijão em uma atriz, por exemplo, pode ocasionar dano moral, estético e, ainda, repercussão patrimonial na vítima. Neste último caso em razão da notória diminuição de sua capacidade laborativa, impondo a cumulação de indenização para cada dano observado.[36]

A mesma lógica ocorre em relação ao dano moral coletivo. É possível que haja repercussões materiais, sem desnaturação do instituto. Eventuais repercussões, ainda que em relação a vítimas identificáveis, redundará na possibilidade de que tais indivíduos possam buscar suas reparações individualmente, mediante a devida comprovação do dano material.

Neste sentido tem caminhado o Superior Tribunal de Justiça, podendo ser citado acórdão lapidar, da lavra do Ministro Herman Benjamim, no qual impingiu dano moral coletivo a uma loja de Bingo, destacando que "*o dano moral sofrido pela coletividade decorre do caráter altamente viciante de jogos de azar, passíveis de afetar o bem-estar do jogador e desestruturar o ambiente familiar*".[37] Ora, é nítida a repercussão patrimonial individual no caso em tela, porém tal fato não tem o condão de desnaturar o dano moral coletivo.

Em atuação na Coordenação de Tutela Coletiva do Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tivemos a oportunidade de firmar Termo de Ajustamento de Conduta com a empresa responsável pela travessia marítima entre as cidades do Rio de Janeiro e Niterói. Tratou-se de acidente com uma embarcação que se chocou contra o píer, causando ferimentos em inúmeros passageiros. A empresa Barcas S/A acordou um pagamento escalonado de indenização

---

[35] TARTUCE, Flávio. *Reflexões sobre o dano social.* Revista Eletrônica Âmbito Jurídico. Fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>. Acesso em fevereiro de 2019.

[36] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 102.

[37] REsp. 1464868/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016.

das vítimas até R$9.000,00 (nove mil reais), por danos morais, além do reembolso com as despesas para tratamento médico e eventuais danos materiais, mediante comprovação documentada. A despeito dos danos morais e materiais individuais, fixou-se uma quantia a ser recolhida ao Fundo de Direitos Difusos no valor de R 20.000,00 (vinte mil reais), a título de dano moral coletivo, em razão da perda da qualidade e sensação de insegurança advindas do acidente, o que afetava toda a comunidade.[38]

O dano moral coletivo, como se vê, abrange tanto os direitos e interesses coletivos, quanto os direitos e interesses difusos, funcionando - exatamente como descreve Azevedo em relação ao dano social - como anteparo à sociedade contra eventual *rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida.*

Também possui a mesma função punitiva e dissuasória, conforme restou assentado em ressente decisão do STJ, desta feita sob a lavra da Ministra Nancy Andrigui, destacando que:

> O dano moral coletivo é espécie autônoma de dano que está relacionada à integridade psico-física da coletividade, bem de natureza estritamente transindividual e que, portanto, não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais. 5. O dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares, por isso não se submete ao princípio da reparação integral (art. 944, caput, do CC/02), cumprindo, ademais, funções específicas. 6. No dano moral coletivo, a **função punitiva - sancionamento exemplar ao ofensor - é, aliada ao caráter preventivo - de inibição da reiteração da prática ilícita** - e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade (GRIFEI) [39]

Demais, ao contrário da pretensa categoria autônoma do chamado dano social, o dano moral coletivo possui previsão expressa na lei, conforme frisado no item 2 deste breve ensaio. O dano social, portanto, nada

---

[38] A prática esta destacada na página 33 do I Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública: Um estudo empírico sob a ótica dos "consumidores" do sistema de justiça. Coordenação: José Augusto Garcia, publicado pela ANADEP.

[39] REsp 1737412/SE, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 08/02/2019.

mais é do que o próprio dano moral coletivo quando os interesses ou direitos protegidos são de natureza difusa. Não há outra conclusa possível.

Sendo assim, não pode ser pleiteado em ação individual.[40] De *lege ferenda* seria de bom alvitre o alargamento dos legitimados para a tutela dos direitos difusos, porém, no momento, impossível admitir seja tal condenação pleiteada em ação individual e, ainda, com reversão da condenação ao autor, em detrimento do Fundo de Direitos Difusos.

Não refutamos a importância da construção doutrinária que desenvolveu o tema do dano social. Em verdade, quando erigida, a idéia do dano

---

[40] Neste sentido já decidiu o STJ em sede de recurso repetitivo: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, EX OFFICIO, DE INDENIZAÇÃO POR DANOS SOCIAIS EM AÇÃO INDIVIDUAL. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ). É **nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide.** Inicialmente, cumpre registrar que o dano social vem sendo reconhecido pela doutrina como uma nova espécie de dano reparável, decorrente de comportamentos socialmente reprováveis, pois diminuem o nível social de tranquilidade, tendo como fundamento legal o art. 944 do CC. Desse modo, diante da ocorrência de ato ilícito, a doutrina moderna tem admitido a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por dano social, como categoria inerente ao instituto da responsabilidade civil, além dos danos materiais, morais e estéticos. Registre-se, ainda, que na V Jornada de Direito Civil do CJF foi aprovado o Enunciado 455, reconhecendo a existência do denominado dano social: "A expressão *dano* no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas". A par disso, importa esclarecer que a condenação à indenização por dano social reclama interpretação envolvendo os princípios da demanda, da inércia e, fundamentalmente, da adstrição/congruência, o qual exige a correlação entre o pedido e o provimento judicial a ser exarado pelo Poder Judiciário, sob pena da ocorrência de julgamento *extra petita*. Na hipótese em foco, em sede de ação individual, houve condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos sociais em favor de terceiro estranho à lide, sem que houvesse pedido nesse sentido ou sem que essa questão fosse levada a juízo por qualquer das partes. Nessa medida, a decisão condenatória extrapolou os limites objetivos e subjetivos da demanda, uma vez que conferiu provimento jurisdicional diverso daquele delineado na petição inicial, beneficiando terceiro alheio à relação jurídica processual posta em juízo. **Impende ressaltar que, mesmo que houvesse pedido de condenação em danos sociais na demanda em exame, o pleito não poderia ter sido julgado procedente, pois esbarraria na ausência de legitimidade para postulá-lo. Isso porque, os danos sociais são admitidos somente em demandas coletivas e, portanto, somente os legitimados para propositura de ações coletivas têm legitimidade para reclamar acerca de supostos danos sociais decorrentes de ato ilícito, motivo por que não poderiam ser objeto de ação individual.** GRIFEI (Rcl 12.062-GO, **Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014).**

moral coletivo como um novo dano ressarcível ainda não estava madura, bem como não havia galgado aceitação por parte da jurisprudência pátria. Porém, seus contornos parecem bem definidos atualmente, tendo galgado plena eficácia social, conforme demonstra os julgados acima destacados.

Desta maneira, emerge a necessidade de um reposicionamento da doutrina, reconhecendo que o dano social, em verdade, já está contido na idéia do dano moral coletivo, evitando-se incoerências e inconsistências doutrinárias.

6. Conclusões finais

Como conseqüência da consagração da dignidade da pessoa humana como valor fundamental norteador da proteção dos indivíduos, verificou-se o desenvolvimento dos direitos da personalidade. Com isso, surgiu um forte movimento rumo à *coletivização* da proteção a ataques a direito ou interesse de grupos sociais protegidos, ensejando uma abertura da teoria da responsabilidade civil para o reconhecimento de *novos danos*, numa clara mudança de foco da figura do tradicional dano patrimonial para o dano não patrimonial (ou extrapatrimonial).

Os estudos desenvolvidos acerca do dano moral coletivo e do dano social, portanto, são exemplos dessa expansão, rumo à proteção de direitos e interesses divorciados de qualquer conotação econômica, pressupondo-se que possa ocorrer agressão a bens e valores comuns a toda uma coletividade de pessoas, extrapolando-se, assim, os interesses dos indivíduos que a compõe.

Tanto o dano moral coletivo, quanto o dano social, conforme descreve a doutrina, são oriundos de violação a direitos de conteúdo extrapatrimonial da coletividade. O dano moral coletivo, como se vê, abrange tanto os direitos e interesses coletivos, quanto os direitos e interesses difusos, funcionando - exatamente como descrito pela doutrina em relação ao dano sócia. O dano social, portanto, nada mais é do que o próprio dano moral coletivo, quando os interesses ou direitos protegidos são de natureza difusa.

Desta feita, tais direitos só podem ser pleiteados em ação coletiva, manejada pelos legitimados explicitamente delimitados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Referências

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. In: *Revista trimestral de Direito Civil,* vol. 19. Rio de Janeiro: Padma, Jul./set.2004, pp. 211-218.

BECK, Urich. *Sociedade de risco:* Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro.* RDC n. 12, p. 55. São Paulo: Editora RT, out-dez. 1994.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, José Augusto. *I Relatório Nacional de Atuações Coletivas da Defensoria Pública:* Um estudo empírico sob a ótica dos "consumidores" do sistema de justiça. Brasília: ANADEP, 2013.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* São Paulo: Editora UNESP, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana:* Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil.* Atualizador: Gustavo Tepedino. 12ª Ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 346.

SCHEREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:* Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 83.

TARTUCE, Flávio. *Reflexões sobre o dano social.* Revista Eletrônica Âmbito Jurídico. Fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>. Acesso em de fevereiro de 2019.

Por uma nova categoria de dano:
a responsabilidade civil do estado por dano social hídrico

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho[1]
Carla Cristina Alves Torquato Cavalcanti[2]

1. Introdução

O consumo de água nas cidades se reflete em diversos fatores que vão do clima, da matriz econômica, dos hábitos culturais e da disponibilidade hídrica local. A água não é apenas fundamental para a vida, mas também um recurso estratégico para o desenvolvimento econômico e social e quando está subordinada aos interesses do capital, é fonte de lucro e riqueza.

Além disso, a água é um dos elementos integrantes do direito à cidade, mas o que fazemos quando esse direito não existe? Seria possível, ou não, a construção de um sujeito coletivo de direito, que investido no papel de vítima, poderia fazer oposição ao modo de apropriação desigual da água geradora de dano social hídrico?

Para tentar responder a essa questão apresentamos inicialmente a água enquanto um recurso hídrico e um direito fundamental; em seguida, discorremos acerca do *locus* da pesquisa, a cidade de Manaus, e por fim, discutimos o paradigma deste trabalho, a segregação sócio espacial,

---

[1] Prof. Dr. do Mestrado em Direito Ambiental – PPGDA da Universidade do Estado do Amazonas – UEA e Membro do Grupo de Estudos em Direito de Águas – GEDA.

[2] Mestra em Direito Ambiental pela Universidade do estado do Amazonas e Doutoranda em Direito na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP e Membro do Grupo de Estudos em Direito de Águas – GEDA.

que gera o dano social e a reponsabilidade civil do Estado frente a este acontecimento, onde a vítima é a sociedade, o qual é o nosso objetivo.

A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa que consiste em identificar e interpretar as informações necessárias sobre o assunto investigado e estabelecer descritivamente os fenômenos a fim de promover uma análise do seu objeto.

2. Breve explicação do meio ambiente e da água enquanto bens coletivos

Se indagarmos sobre qual é o significado de meio ambiente, provavelmente obteremos como resposta algo semelhante ao comentário de Santo Agostinho acerca do tempo:

> [...] e que assunto mais familiar e mais remexido nas nossas conversas do que o tempo? Quando dele falamos, compreendemos o que dizemos, compreendemos também o que nos dizem quando dele nos falam. O que é, por conseguinte, o tempo? Se ninguém me pergunta, eu o sei; se o quiser explicar a quem me fizer a pergunta, já não sei (SANTO AGOSTINHO. Confissões. Livro XI).

Corbin, em seu estudo sobre a praia no imaginário ocidental, relatou que à época clássica, com raras exceções, ignorava-se o encanto das praias de mar, a emoção do banhista que enfrenta as ondas e os prazeres à beira mar, pois *o mar era envolto em imagens repulsivas, que a cegueira e o horror integram-se em um sistema global da não apreciação das paisagens naturais e dos fenómenos meteorológicos* (1989, p.11).

As fontes de água sempre estiveram presentes na história, seja através da ficção ou da realidade dos fatos. Segundo Shiva, *o advento da água encanada e das garrafas de água nos fizeram esquecer que, antes de fluir através de canos e de ser vendida para os consumidores em garrafas de plástico, esse recurso é uma dádiva da natureza* (2006, p.153).

Para Diegues, a água possui funções diferentes nas sociedades tradicionais e modernas:

> Nas sociedades tradicionais a água (rios, cachoeiras, etc.) é um bem da natureza, muitas vezes dádiva da divindade, responsável pela sua abundância ou pela sua escassez. Proveniente da natureza, a água é um bem de uso, em geral coletivo. Nas sociedades urbanas e modernas, a água doce é um bem, em grande parte, domesticado, controlado pela tecnologia (represas, estações

> de tratamento), um bem público cuja distribuição, em alguns países, pode ser apropriada de forma privada ou corporativista, tornando-se um bem de troca, ou uma mercadoria (2018, p. 05).

Daí retiramos a ideia de o meio ambiente ser uma construção social, cultural e relacionada a passagem do tempo. A água, por exemplo, é um elemento natural de uso indispensável, não sendo considerada, como foi no passado, o fruto de uma natureza dadivosa, e, por conseguinte, inesgotável.

Dentro da visão de que o rio está associado ao homem de forma quase mística, Leandro Tocantins declarou que o homem e o rio são os dois mais ativos agentes da geografia humana na Amazônia. O rio, segundo Tocantins (1972, p.306), enche a vida do homem de motivações psicológicas e o homem imprime à sociedade rumos e tendências, criando tipos característicos na vida regional, assim, a noção de território, de lugar de pertencimento está diretamente ligada ao rio:

> Quando alguém se refere à terra natal só costuma dizer: eu nasci no Juruá, eu nasci no Purus. Se fala da borracha, esta perde sua qualidade de produto silvestre para ser do rio: borracha do Abunã, borracha do Xingu. Quando da há ocasião de assinalar uma área produtiva, o rio é que absorve os elogios: o Yaco é bom de leite, o Antimari é grande produtor de borracha. As ocorrências da vida de cada um estão ligadas ao rio e não à terra: fui muito feliz em Tarauacá, fiquei noivo no Envira e casei no Muru (1972, p. 306).

O meio ambiente, utilizando um conceito semântico, seria aquilo que está ao nosso redor, envolvendo pessoas e coisas. Latour o apresenta como desigual, não harmônico e excludente, ou seja, o meio-ambiente é ao mesmo tempo aquela coisa que nos une ou então é aquilo que não nos diz respeito. Ele também é paradoxal já que só começamos a falar de meio ambiente no momento em que ele não mais nos envolve (1994, p. 15).

O referido autor utiliza o exemplo da camada de ozônio: ela não fazia parte da nossa percepção de meio ambiente enquanto estava dissociada do ato de utilizar algum dispositivo de aerossol, porém, esse pensamento mudou a partir da década de 1970, quando descobriu-se que o grande responsável pela destruição da camada de ozônio era o uso do aerossóis ou equipamentos que possuam o gás CFC (clorofluorcarboneto), que até então eram considerados inertes.

Este motivo fez com que houvessem mudanças em tais dispositivos e atualmente, entre 90 e 95% dos aerossóis fabricados no Brasil utilizam,

no lugar do CFC, o GLP (gás liquefeito de petróleo) que não provoca danos à camada de ozônio (MUNDO EDUCAÇAO, 2018). É como nas palavras de Latour, *o buraco de ozônio sobre nossas cabeças, a lei moral em nosso coração* (1994, p, 12).

Um dos papeis da ciência é construir conhecimentos que permitam uma melhor formulação e seleção das políticas públicas de meio ambiente e desenvolvimento no processo de tomada de decisões. Nesse contexto, é indispensável entender que a água é essencial para a vida nas cidades, porém ela não está disponível para todas as pessoas.

Com efeito, por ser um bem de primeira necessidade, a água é utilizada, cotidianamente, para o preparo de alimentos, matar a sede, higiene e asseio corporal, limpeza de utensílios domésticos e da habitação, banho e descarga de vasos sanitários, dentre outros usos importantes, cuja ausência ou escassez impacta diretamente no desenvolvimento de legítimos projetos pessoais de vida (PONTES e SCHRAMM, 2004), senão vejamos:

> A autônoma Naila Pantoja, moradora do bairro Cidade de Deus, estoca água em camburões e tenta realizar um tratamento caseiro para melhorar a qualidade. "Não temos água tratada, então procuro ferver tudo antes de usar pelo menos no que vou cozinhar. Não tem condições de utilizar. Isso quando há água, pois, falta muito aqui para essa área", relata. [...]
>
> A comerciante Francisca de Souza Santos, moradora há 15 anos do beco Greenvile no Bairro da União, improvisa canos para ter acesso à água em casa. "Tudo aqui é a gente que faz numa tentativa de ter uma vida melhor. Dá muito trabalho tudo isso e não temos condições de construir, fazemos o que dá pra fazer, pensando também na nossa saúde", explica. (A CRITICA, 2018)

Sendo um bem essencial, indispensável à vida, a água deve, em princípio, ser servida a cada pessoa indistintamente, a menos que se detectem boas razões, eticamente sustentáveis, para agir de outro modo. O que se observa, no entanto, é que a apropriação da água é feita de forma diferenciada de uma sociedade para outra, sem que isso seja acompanhado de coerentes razões técnicas e morais. Por isso, desigualdades na distribuição da água potável podem se constituir em situações de injustiça, que vão refletir negativamente na qualidade de vida de populações humanas.

Tais desigualdades ficam evidentes quando o serviço de captação, tratamento e distribuição da água é entregue a iniciativa privada e que podemos observar relações conflituosas entre a empresa responsável, o poder municipal e comunidade, por possuírem objetivos distintos e comuns.

3. A Responsabilidade Civil e o seu Fundamento Racional

Dias, ao tratar sobre os problemas encontrados para conceituar a responsabilidade, inicia seu texto com uma frase que ao mesmo poderíamos considerar ser um enigma da Esfinge do Egito, ou então um aforismo chinês, pois brevemente enuncia uma regra, ou como queira, uma advertência: *Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade* (1973, p. 07).

Então, o que podemos tirar deste juízo? A partir de que qual referencial buscamos entender a responsabilidade? O próprio Dias considerou que a responsabilidade deve ser estudada sob um aspecto sociológico, sendo a mesma um fato social, não estando restrita a um fenômeno exclusivo da vida jurídica, ligando-se a todos os domínios da vida em sociedade (1973, p.09).

Dias define responsabilidade como:

> A situação de que o indivíduo, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas em lei (1973, p. 09).

Assim ele expande a responsabilidade para dois campos: primeiro, a de que a responsabilidade é o resultado de um descumprimento de um dever ou obrigação. Se o indivíduo se comporta de forma adequada, não há o que se falar em responsabilidade, pois não fica evidente um prejuízo. A segunda é a de que ela pode resultar da violação das normas tanto morais quanto jurídicas.

Cavalieri Filho determina que o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito (2010, p. 02). Ele entende que dever jurídico é a conduta externa de uma pessoa imposta pelo direito positivo por exigência da convivência social, enfatizando que isso não é um conselho e sim uma imposição dirigida à consciência e a vontade do indivíduo, atribuindo deveres e criando obrigações.

O referido autor determina que a violação de um dever jurídico configura o ilícito, onde, quase sempre, é acarretado um dano a outrem, gerando um novo dever jurídico, que é o de reparar o dano, assim, *a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário* (CAVALIERI FILHO,

2010, p. 02). Vemos essa premissa configurada no art. 389 do Código Civil/2002

> Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

O Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), em sua seção 241, alíneas 1 e 2, trata sobre os deveres decorrentes de uma obrigação:

> (1) By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.
>
> (2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party. (2018, p. 52) [3]

Já na seção 249, alínea 1, que versa sobre a natureza e extensão dos danos, o BGB traz o seguinte:

> (1) A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred (2018, p. 54)[4]

Temos aí um paralelo nas legislações, demonstrando que é universalmente aceito de que para cada obrigação existe uma possibilidade de sanção, isto é, deve-se cumprir o acordado caso contrário uma nova obrigação será gerada, tal como o observado nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil pátrio de 2002

> Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

---

[3] Seção 241 - (1) Em virtude de uma obrigação, o credor tem o direito de reivindicar a prestação do devedor. A prestação também pode consistir em uma abstenção.
(2) Uma obrigação pode também, dependendo do seu conteúdo, obrigar cada parte a ter em conta os direitos, interesses legais e outros interesses da outra parte. (Tradução do autor).

[4] Seção 249 Uma pessoa responsável por danos deve restaurar a posição que existiria caso a circunstância que o obrigou a pagar indenização não houvesse ocorrido (Tradução do autor).

> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
>
> Art. 927 Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Para Kelsen, a norma jurídica é uma dualidade de imposição e coação (sanção). Assim, partindo do pressuposto que cada norma jurídica seja o ajuntamento de duas normas, os atos de coação, a determinação da norma, ou seja, a sanção em si, são classificados como norma jurídica primária, posto que põe como devida a fixação de um condicional ato de coação por parte de um órgão judicial para o caso de violação dessa norma, enquanto a conduta estabelecida para cumprimento dos sujeitos de direito é denominada de norma jurídica secundária (2016, p.124).

O dever jurídico surge da lei ou da vontade dos indivíduos, sendo que neste último caso são os próprios indivíduos que que criam para si deveres jurídicos, sejam através de contratos ou atos unilaterais de vontade. Quando os sujeitos de uma relação estão vinculados por um acordo anterior, e em virtude de algum ato praticado por uma das partes, for descumprido total ou parcialmente por uma das partes, surge a responsabilidade contratual.

Por outro, quando uma pessoa pratica um ato ilícito que acarreta dano a outra pessoa, não estando ambas unidas por uma relação anterior, ou seja, quando violado o dever geral de qualquer cidadão em evitar causar danos a outro, surge a responsabilidade aquiliana ou extracontratual (CAVALIERI FILHO,2010, p 45).

Para a caracterização da responsabilidade civil é necessária a presença de elementos básicos como a conduta humana, o dano e nexo causal, que se traduz no vínculo, ou correspondência entre a ação e o dano causado, sendo evidente que a falta de um desses elementos acarreta na impossibilidade de responsabilização.

Quanto ao nexo causal, este só se caracterizará quando forem causados danos diretamente pela conduta praticada, isto é, quando da apreciação do dano, constata-se que são uma consequência lógica e normalmente previsível a sua ocorrência em razão do ato praticado.

A teoria clássica da responsabilidade civil aponta a culpa como o fundamento da obrigação de reparar o dano. Não havendo culpa, não há obrigação de reparar o dano, o que faz nascer a necessidade de provar-se o nexo entre o dano e a culpa do agente. A culpa pode se desdobrar em

culpa em sentido estrito, violação o dever objetivo de cuidado, culpa geradora de imprudência, imperícia ou negligência, ou consubstanciar-se em dolo, que consiste na vontade deliberada e inequívoca de provocar o ato ilícito.

O nosso Código Civil, em seus artigos 186 e 187, como acima já demonstramos, adotam como regra a responsabilidade subjetiva, ou seja, além da ação ou omissão que causa um dano, ligados pelo vínculo denominado nexo de causalidade, deve restar comprovada a culpa em sentido lato.

Porém, como exceção à regra da responsabilidade subjetiva, sempre haverá obrigação de se reparar o dano, independentemente de comprovação e delimitação de culpa, é chamada de teoria objetiva da responsabilidade civil ou responsabilidade sem culpa. Já o Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do Código Civil, tem como regra, a responsabilidade objetiva, dispensando assim a comprovação da culpa para atribuir ao fornecedor de produtos e serviços a responsabilidade pelo dano.

Basta a simples demonstração da existência de nexo causal entre o dano experimentado pelo consumidor e o vício ou defeito no serviço ou produto. A opção do legislador reflete a adoção feita da teoria do risco do negócio, segundo a qual aquele que explora atividade econômica deve arcar com os danos causados por essa exploração, ainda que não tenha concorrido voluntariamente para a produção dos danos (CAVALIERI FILHO, 2010, p.65).

Dano é a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral. Nossa doutrina divide a categoria dano em basicamente em três tipos: material, moral e estético, porém, nesta pesquisa, iremos tratar somente dos pontos principais relativos ao dano material e moral, para termos subsídios para trabalhar o nosso objeto, que é dano social.

O dano material ou patrimonial é aquele suscetível de avaliação pecuniária. Em outras palavras, é aquele que incide sobre interesses de natureza material ou econômica e, portanto, reflete-se no patrimônio econômico do lesado. Os danos materiais geralmente são divididos em duas espécies: os danos emergentes e os lucros cessantes

> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele

efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar (CODIGO CIVIL,2018).

O dano emergente é representado pela diminuição patrimonial, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo. O Lucro cessante, por sua vez, é a frustração da expectativa de ganho, ou seja, refere-se aos benefícios que o lesado deixou de obter, é a futura consequência da lesão, isto é, ao acréscimo patrimonial frustrado (GONÇALVES, 2015, p 120).

Também podemos falar em danos em ricochete ou reflexos. Eles ocorrem na hipótese dos prejuízos reflexamente sofridos por terceiros, titulares de relações jurídicas que são afetadas pelo dano, não na sua substância, mas na sua consistência prática, exemplo: ex-marido que deve pensão aos filhos e sofre uma lesão na sua capacidade laborativa. Os filhos teriam legitimidade para demandar em face do causador do dano). O dano em ricochete é reparável desde que seja certa a repercussão do dano principal. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 73).

Já o dano moral é com certeza um dos temas mais controvertidos na responsabilidade civil. Não há consenso na doutrina quanto a seu conceito, seus efeitos ou seus critérios de fixação do quantum. Segundo Cavalieri Filho (2010), em se tratando de dano moral, a questão que se coloca não é mais a de saber se ele é o não é indenizável, nem, ainda se ele pode ou não pode ser cumulado com o dano material, mas sim o que vem a ser o próprio dano moral.

Para Azevedo, há uma falta de acordo sobre os exatos fundamentos da responsabilidade pelos danos morais, ou seja, sobre se a indenização se constitui somente uma espécie de compensação por sofrimentos psíquicos e lesões a direitos de personalidade ou se também deveria incluir um algo mais, que consistiria ora em uma punição do agente, ora uma dissuasão ou desestímulo, que seriam os chamados *punitive damages* no direito norte-americano.(2004, p. 377).

> Overview the punitive damages are awarded in addition to actual damages in certain circumstances. Punitive damages are considered punishment and are typically awarded at the court's discretion when the defendant's behavior is found to be especially harmful. (CORNELL, 2018, p. 108)[5]

[5] De uma forma geral os danos punitivos são concedidos além dos danos reais em determinadas circunstâncias. Danos punitivos são considerados punição e são

Geralmente, os danos punitivos não são concedidos no contexto de uma violação de contrato, e quando são apreciados nos casos de responsabilidade civil, os tribunais possuem a discricionariedade em concedê-los ou não, contudo é necessário que o autor prove que o réu se envolveu em um delito intencional e / ou se envolveu em má conduta deliberada e intencional, o que afasta, por exemplo as hipóteses de imprudência do agente, porém com uma exceção: é quando, por exemplo, o diretor de uma companhia incentiva ou causa a imprudência que foi cometida por um subordinado, ou seja, uma espécie de autoria mediata. (CORNELL, 2018).

Na sentença do caso *National By-Products Inc.* versus. *Searcy House Moving Co.*, a Suprema Corte do Arkansas considerou que a concessão de indenizações punitivas exige provas de que o acusado agiu intencionalmente com uma ação ilegal depois de saber que o ato provavelmente causaria prejuízo (CORNELL, 2018).

O Código Civil alemão não faz distinção, em caso de danos, se a indenização por deve ser feita em dinheiro ou a recomposição do bem perdido, até porque nem sempre poderá haver uma substituição ou conserto do mesmo. Quem decide, de acordo com o BGB, é o credor.[6]

4. O Saneamento básico e os Direitos Sociais

O art. 225 da Constituição Federal/1988 determina que:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 2018).

Seguindo este preceito, nós temos o Estatuto das Cidades, Lei n° 10.257 de 10 de julho de 2001, que também procurou regulamentar o disposto nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal/1988 e que cujo

---

normalmente concedidos a critério do tribunal, quando o comportamento do réu é considerado especialmente prejudicial (tradução do autor)

[6] Sessão 249 (2) *where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration* . Ou seja, quando forem devidos danos por danos a uma pessoa ou danos a uma coisa, o credor pode exigir o valor monetário exigido em vez de restauração (Tradução do autor).

principal objetivo é determinar diretrizes para orientar o crescimento urbano, o uso e a ocupação do solo de maneira a criar uma sociedade mais justa e sustentável.

O direito ao saneamento ambiental, estabelecido no art. 2, I, assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no pais, não só a preservação de sua incolumidade físico-psíquica, vinculada ao local onde vivem, como a preservação dos demais valores vinculados a tutela dos bens ambientais no meio em que as pessoas vivem e se relacionam, obrigação esta que cabem ao poder municipal no sentido de fazer cessar toda e qualquer poluição em face dos demais bens ambientais garantidos constitucionalmente, como por exemplo, o meio ambiente cultural, natural e artificial (FIORILLO, 2018, p. 582).

> Art. 2 ° A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:
>
> I – Garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 2018).

O saneamento ambiental é dever do poder público municipal, que deve assegurar as condições necessárias para garantir a saúde das pessoas nas cidades, como Fiorillo denomina de piso vital mínimo (2018, p. 583) dentro do que dispõe o art. 6 e o 182 da Constituição Federal/1988.

> Art. 6° São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
>
> Art. 182° A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo **ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (grifo nosso).**

Ainda no plano do saneamento ambiental, alguns direitos materiais fundamentais vinculados a pessoa humana estruturam os valores de bem-estar e salubridade perseguidos pelo estatuto da cidade, no que se refere as diretrizes que orientam seus objetivos, com destaque para:

1) O direito ao uso de águas – sejam elas as potáveis, destinadas ao consumo da pessoa humana, como aquelas destinadas à higiene (FIORILLO,2018, p. 584);

2) O direito a esgoto sanitário – sistema destinado a receber detritos/dejeções oriundas da pessoa humana (FIORILLO,2018, p. 584).

O Estado do Amazonas concentra quase dois terços da população na capital e praticamente 95% da geração de riquezas corresponde somente a cidade. Manaus é a principal dinamizadora da economia estadual, cujo desempenho a fez manter na sexta posição entre as cidades com melhores índices na produção de renda e no consumo intermediário de bens no ano de 2014 perfazendo 1,2% de participação na geração de riquezas do país e se coloca como o 6° maior PIB dentre as cidades brasileiras em 2014 (EM TEMPO, 2017).

No último censo, que foi realizado no ano 2000, a população foi estimada em 1.802.014 habitantes, que eram residentes em um total de 326.852 domicílios (média de 4,3 pessoas/domicílio). Desse total, a rede de distribuição de água atingia apenas 243.296 domicílios, ficando 83.556 habitações servidas por meio de poços, nascentes ou outras opções. Ou seja, uma população de aproximadamente 359.000 habitantes (25,6%) não possuía abastecimento de água regularizada (IBGE,2017).

No Brasil, a água é considerada um bem de domínio público cujo uso está sujeito à outorga concedida pelo órgão administrador competente.

> Art. 26 CF/1988 Incluem-se entre os bens dos Estados:
>
> I – As águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (BRASIL, 2014, p. 5).

Conforme a Política Nacional de Recursos Hídricos - Lei n° 9.433/1997, a água é um recurso natural limitado, que possui valor econômico e sendo assim a sua utilização deverá ser remunerada, ou seja, a sociedade deve pagar pela prestação do serviço de captação, tratamento e distribuição da água.

> Art. 1° A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:
>
> I – A água é um bem de domínio público;
>
> IV – A gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas (BRASIL, 2009, p. 131).

A empresa prestadora desse serviço poderá pública, privada ou ser composta por uma parceria público-privada. A concessionária se res-

ponsabiliza pela gestão, operação e manutenção do sistema, bem como os investimentos de capital necessários para a expansão dos serviços. O município recebe um valor monetário definido previamente em contrato e tem a obrigação de fiscalizar das ações da concessionária.

O Município, segundo Vargas et al, possui o poder-dever de tratar da questão, isto é, *a distribuição domiciliar da água e a coleta de esgotos são serviços de peculiar interesse do Município, intransferíveis à União ou ao Estado* (2014, p. 313).

A água se enquadra no princípio da dignidade da pessoa humana, ela é real e necessária todos os dias. Ter acesso à água pertence a categoria daquilo que se chama de bem social, um bem comum, básico a qualquer comunidade humana (SARLET, 2007).

A dignidade da pessoa humana, dentro da perspectiva de ter água tratada de fácil acesso deve ser entendida como o respeito e a consideração que o indivíduo deve ter por parte do Estado, ou seja, *todo um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável* (SARLET, 2007, p. 20).

Contudo, existe uma irregularidade crônica no abastecimento de água em Manaus, em especial nas zonas Norte e Leste da cidade. A população, que protesta contra o abastecimento irregular de água só resta contar com a ajuda de órgãos como o Ministério público e a Defensoria pública.

4.1. A Vulnerabilidade do Consumidor e a Espoliação Urbana

O código de defesa do consumidor tem como base na sua estrutura o entendimento de que o consumidor é vulnerável, e essa vulnerabilidade está expressa no art. 4, I, sendo também um princípio estruturante e elemento informador da política nacional das relações de consumo.

> Art. 4, I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (BRASIL, 2018).

Para Cavalieri Filho, o sujeito que ostenta a qualidade ou estado de vulnerabilidade, isto é, a fragilidade, a possibilidade de ser atacado, ofendido, magoado ou prejudicado, dentro de uma relação de consumo, é inequivocamente o consumidor, já que, por não deter os mecanismos de controle do processo produtivo e dele participando apenas em sua última etapa, que é o consumo, pode ser ofendido em sua integridade física, econômica, psicológica ou moral (2014, p. 60).

Quase sem exceção, as grandes corporações mercadoras da água, não conseguiram cumprir suas promessas de melhora, além disso, aumentaram as tarifas da água a níveis que superam as possibilidades dos lares pobres (BALANYÁ et al, 2007 p.19). Desse modo, temos como segunda explicação para a dificuldade da Manaus Ambiental universalizar o acesso de água as Zonas Norte e Leste da cidade a teoria da espoliação urbana.

> [...] espoliação urbana é o somatório de extorsões que se opera através da inexistência ou precariedade de serviços de consumo coletivo que se apresentam como socialmente necessários em relação aos níveis de subsistência e que agudizam ainda mais a dilapidação que se realiza no âmbito das relações de trabalho (KOWARICK,1983, p. 59).

A espoliação urbana se traduz na distinção, na desigualdade ao qual determinados atores sociais sofrem dentro da sociedade, cujo desenvolvimento provoca, gera as mais diversas formas variadas de exclusão social.

Kovarick pontua que as exclusões e privações as quais o trabalhador é submetido, podem parecer pontuais ou casuais, mas na verdade são contínuas. Elas ocorrem em relação a moradia, transporte, luz, água, enfim, tudo aquilo que é primordial para a vida nas grandes metrópoles.

Segundo o autor, a espoliação urbana *se constitui como uma espécie de mais valia absoluta urbana e fundamenta uma forma de controle social que apoiada numa representação da ordem, inspeciona a vida privada das pessoas enquanto transeuntes e moradores* (2000, p. 16).

Dentro desta vulnerabilidade, quem particularmente sofre os efeitos desta escassez de água são as mulheres, pois são elas que possuem a responsabilidade da higienização da casa dos afazeres domésticos, e esta utilização da água deve ser incorporada na avaliação dos valores econômicos dos usos da água, já que a água é a base material para tudo que elas precisam fazer em seus cotidianos e *frequentemente, as mulheres não têm direitos à terra e à água, por isso, os esforços para o desenvolvimento podem afetar negativamente sua subsistência – vemos surgir a feminização da pobreza* (D'ÁVILA e JARDIM, 2015, p.162)

4.2. Conceito de Dano Social e a Responsabilidade Civil do Estado

Para Friede e Aragão, o bem-estar deve ser visto como meta e instrumento do desenvolvimento, no qual o homem é criador do seu próprio destino social e como membro da sociedade e tanto o benefi-

ciário quanto o implementador do bem-estar. Assim, também podemos considerar bem-estar tudo que se relaciona com uma qualidade de vida digna, como o meio ambiente equilibrado, emprego, política habitacional eficaz, acesso a saúde, etc. (2016, p.77).

Assim, todas as vezes que tivermos a lesão ao bem-estar coletivo, visto como um interesse difuso tutelado pela ordem jurídico-constitucional, teremos configurado um dano social, conceituado por Azevedo *como um ato doloso ou gravemente culposo, ou se negativamente exemplar, que não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população* (2010, p. 380).

Azevedo exemplifica que este tipo de dano resta evidente quando se trata de questões relativas à segurança, pois ela traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra de confiança, em situações contratuais ou para contratuais, que acarretam redução da qualidade coletiva de vida (2010, p. 381).

Friede e Aragão afirma que o dano social, mesmo não estando elencado no Código Civil de 2012, gera o dever de indenizar, pois foram realizadas condutas socialmente reprováveis e geradoras de danos imateriais e transindividuais e que são diretamente decorrentes da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana contida no art. 1, III da Constituição de 1988 (2016, p. 80).

Para os supra citados autores, o dano social pode ser definido como:

> Aquele que é ocasionado por uma conduta (comissiva ou omissiva) socialmente reprovável, antijurídica ou não, praticada pelo Estado ou particular (pessoa física ou jurídica), cuja consequência é a diminuição da qualidade de vida da sociedade ou de determinado grupo social (FRIEDE e ARAGÃO, 2016, p. 83).

Para não haver confusão, essas são as diferenças básicas entre o dano social e o dano moral (FRIEDE E ARAGÃO 2016, p. 81):

Verificamos que a Costa Rica possui, incorporada em seu diploma legal, o conceito de dano social. Assim como no Brasil, o conceito deles de dano social se difere do modelo tradicional de dano moral pois visa atender danos a interesses difusos, em especial, aos do meio ambiente. A fundamentação jurídica do dano social é encontrada nos arts. 41 e 50 da Constituição Política da Costa Rica:

> Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacérseles justicia

> pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes[7].
>
> Artículo 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes [8]

E no art.38 do Código de Processo Penal

> Artículo 38. Acción civil por daño social. La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.[9]

De acordo com Chacon, entende-se o conceito de dano social como:

> una afectación social (dentro del contexto del derecho a un ambiente sano), ocasionado como producto de un comportamiento humano contrario al ordenamiento o en apego a éste (lícito o ilícito), el cual sufre injustamente una pluralidad de individuos, quienes pueden constituir desde un grupo determinado hasta la colectividad en general al producirles una afectación material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos, relevantes para el ordenamiento y, ante el cual, surge el deber de reparar lo causado (2018, p. 05)[10]

---

[7] Artigo 41. De acordo com as leis, todos devem encontrar reparação pelos danos ou danos que tenham recebido em sua pessoa, propriedade ou interesses morais. Devem ser prontas, cumpridas, sem negação e em estrita conformidade com as leis (tradução do autor).

[8] Artigo 50.O Estado buscará o maior bem-estar para todos os habitantes do país, organizando e estimulando a produção e a distribuição mais adequada da riqueza. Todos têm direito a um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. Portanto, tem o direito de denunciar atos que violem esse direito e reivindicar indenização pelos danos causados. O Estado garantirá, defenderá e preservará esse direito. A lei determinará as responsabilidades e as sanções correspondentes (tradução do autor).

[9] Artigo 38.Ação civil por dano social. A ação civil pode ser exercida pelo Procurador Geral da República, no caso de atos puníveis que afetem interesses coletivos ou difusos (tradução do autor).

[10] É um dano social (dentro do contexto do direito a um ambiente saudável), causado como resultado de comportamento humano contrário à ordem ou de acordo com

Sendo comprovada a falta de investimentos em infraestrutura ou então se omitindo o agente público, e tal fato gerou ou vem gerando prejuízo para a qualidade de vida da sociedade ou de um grupo especifico, deve a União, o mesmo ocorrendo com os Estados e Municípios, serem condenados a indenizar os danos sociais.

A Constituição Federal de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado no art. 37,§ 6º

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A Constituição adotou a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da administração pública, condicionando a responsabilidade objetiva do poder público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atuação do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade não há como e nem porque responsabilizá-lo objetivamente (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 80).

Responde o Estado porque causou o dano ao seu administrado, simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular, ou nas palavras de Cavalieri Filho:

> Com efeito, se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, se traz benefícios para todos, justo é, também, que todos respondam pelos seus ônus, a serem custeados pelos impostos. O que não tem sentido, nem amparo jurídico, é fazer com que um ou apenas alguns administrados sofram todas as consequências danosas da atividade administrativa (2010, p. 10).

A água potável é um direito fundamental, pois diz respeito, entre outros, ao direito à saúde e o seu abastecimento está ligado aos serviços

---

ele (legal ou ilegal), que injustamente sofre uma pluralidade de indivíduos, que podem constituir-se de um grupo determinado à coletividade em geral ao produzir uma afetação material ou imaterial aos seus interesses difusos ou coletivos, relevantes ao ordenamento e, diante dos quais, surge o dever de reparar o que foi causado".

de esgoto sanitário, sendo competência do Município a vigilância acerca da potabilidade da água.

Contudo, o que se verifica é que as políticas públicas do setor de saneamento básico nem sempre alcançam o seu objetivo prioritário, ou seja, a universalização do acesso à água, da elevação da sua qualidade, bem como dispor de tarifas e taxas acessíveis a população (OLIVEIRA, 2007, p. 20).

A água não pode ser substituída por outra coisa, e possuir água tratada nas torneiras de casa não pode ser considerado um privilégio de poucos. Petrella diz que ter água não é uma questão de escolha e exatamente por não ser substituída faz dela um bem social e comum, fundamental à vida. Justamente por isso é que ela não pode ser subordinada a um único princípio setorial de regulamentação, legitimação e valorização; ela se enquadra nos princípios do funcionamento da sociedade como um todo. (PETRELLA,2002, p. 84).

Saiani, Toneto Junior e Dourado (2003), ao estudarem a desigualdade de acesso a serviços de saneamento nos municípios brasileiros, utilizando a seletividade hierárquica das políticas como uma das variáveis, apontaram que, mesmo se não fossem cobradas tarifas de água, o simples custo de ligação as redes de abastecimento podem inviabilizar o acesso dos mais pobres aos serviços.

Eles reforçam que, o indivíduo, independente da capacidade de pagamento e da cobrança ou não pelos serviços, opta pelo acesso legalizado se for capaz de apreciar os benefícios que podem ser gerados. Esse raciocínio pode colocar em dúvida a tese da realização das ligações irregulares tendo como justificativa o fato de não querer pagar a conta de água no fim do mês, pois o ¨gato¨ na água pode ser a única forma que o indivíduo possui para ter água em casa.

5. Considerações finais

A política de gestão da água tem o dever de contribuir para uma sociedade mais justa, seguindo princípios sociais de igualdade e inclusão. A negação da cultura da segregação socioespacial deve ser uma prioridade que quisermos superar padrões repetitivos de discriminação social, sejam eles de classe ou geográficos.

Tal atitude não deve partir somente dos movimentos sociais, também devem ser suportados pelo Estado, seja a União, Estados ou Municípios através de parcerias públicas ou público-privadas, com vistas a uma política de gestão hídrica fundamentada na sociabilidade e solidariedade que de fato representem interesses coletivos.

Sendo assim, necessário se faz a inclusão dos danos sociais nesta seara, pois que o mesmo poderá sanar uma lacuna ainda presente nos campos legislativo, social e político.

Infelizmente temos hoje em Manaus uma empresa concessionária e uma gestão municipal seguindo a mesma cartilha de toda cidade que teve seu serviço de distribuição de água privatizado: a empresa procurando manter o serviço funcionando a contento para uns, nem tanto para alguns, quase nada para muitos e com ainda com a obrigação de dar cada vez mais lucro, pois eles precisam ser repartidos entre os acionistas.

Enquanto isso, o município que deveria manter-se imbuído no papel de construir políticas públicas eficazes para sanar o problema da distribuição da água na cidade demonstra ser ineficientes em cumprir tal tarefa.

A conjuntura atual da política pública da gestão de água da cidade Manaus se caracteriza por uma situação de espoliação urbana articulada à teoria da seletividade hierárquica das políticas sociais, ou seja, o não reconhecimento das necessidades das camadas populares a um direito à cidade, já que o acesso à água potável na cidade de Manaus não supre as demandas coletivas, em especial das zonas norte e leste.

Diante de tal situação é necessária uma ação que privilegie o social. Essa ação deve ser fundada em escolhas objetivas, subjetivas e que priorizem o ser humano, mas não esquecendo o meio ambiente. A decisão política neste caso se faz necessária.

Finalizo identificando que metade de nossa política é feita nas ciências e nas técnicas, enquanto a outra metade da natureza se faz nas sociedades. Se reunirmos as duas, a política renasce. Não temos escolha. Se não mudarmos não seremos capazes de absorver as outras culturas que não podemos dominar e seremos eternamente incapazes de acolher este outro meio ambiente que não podemos mais controlar. Nos cabe, portanto, mudarmos nossas formas de agir ou então o muro de Berlin terá caído em vão.

Referências

A CRITICA. *Saneamento básico de Manaus é vergonha nacional.* Disponível em < https://www.acritica.com/channels/manaus/news/saneamento-basico-de-manaus-e-vergonha-nacional> Acesso em 05 nov. 2018.

AGUIAR, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social.* em Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado.

BALANYÁ, Belén; BRENNAN, Brid; HOEDEMAN, Olivier; KISHIMOTO, Satoko (Org.). *Por um modelo público de água, triunfos, lutas e sonhos.* São Paulo: Casa Amarela, 2007.

BRASIL. *Código Civil.* Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > Acesso em 17. out. 2018.

______, *Estatuto das Cidades.* Lei n°10.257, de 10 julho de 2001.Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm.>Acesso em 06. nov. 2018.

______, *Código de Defesa do Consumidor.* Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em 06 nov 2018.

______, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 06 nov 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

______, *Programa de Direito do Consumidor.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHACON, Mario Penã. *Daño social, daño moral colectivo y daños punitivos: delimitaciones y alcances en materia ambiental.* Disponível em <http://ceja.org.mx/IMG/_Art_Dano_Social_Dano_Moral_.pdf > Acesso em 10 out. 2018

CORNELL LAW SCHOOL. *Punitive Damages* Disponível em < https://www.law.cornell.edu/wex/punitive_damages>. Acesso em 06. Nov.2018.

CONSTITUICION POLITICA DE LA REPUBLICA COSTA RICA. Disponível em < https://www.constitution.org/cons/costaric.htm> Acesso em 07. nov. 2018.

DÁVILA NETO, Maria Inácia; JARDIM, Gabriel de Sena. *A fonte que nunca seca: o trabalho cotidiano de mulheres com a água no Semiárido.* Disponível em http://www.seer.ufsj.edu.br/index.php/revista_ppp/article/view/D%27Avila%20Neto%2C%20Jardim> Acesso em 06. Nov. 2018.

DIEGUES, Antônio Carlos. Água e cultura nas populações tradicionais brasileiras. Disponível em <http://nupaub.fflch.usp.br/sites/nupaub.fflch.usp.br/files/color/simbolagua.pdf> Acesso em 05. Nov.2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FRIEDE, Reis; ARAGÃO, Luciano. *Dos Danos Sociais.* Disponível em < (http://www5.tjba.jus.br/unicorp/index.php/publicacoes/artigos/251-dos-danos-sociais > Acesso em 10. Out. 2018.

GERMAN CIVIL CODE. *Bürgerlichen Gesetzbuches*. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo--Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf.> Acesso em 14 out.2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro:* Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.Vol. 4.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LATOUR, Bruno. *Jamais fomos modernos*. Rio de Janeiro: 34, 1994.

KOWARICK, Lúcio. *A Espoliação Urbana*. São Paulo: Paz e Terra, 1983.

______. *Escritos Urbanos*. São Paulo: 34, 2000

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Dados sobre a cidade de Manaus.* Disponível em < http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=130260 > Acesso em 06 nov. 2018.

MUNDO EDUCAÇÃO. *Destruição da camada de ozônio pelos CFCs.* Disponível em <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/quimica/destruicao-camada-ozonio-pelos-cfcs.htm.> Acesso em 05 nov. 2018.

PONTES, Carlos Antônio Alves; SCHRAMM, Fermin Roland. *Bioética da proteção e papel do Estado: problemas morais no acesso desigual à água potável.* Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, p. 1319-1327, out. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000500026&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 out.2018.

TOCANTINS, Leandro. *O rio comanda a vida* – Uma interpretação da Amazônia. 4.ed. Rio de Janeiro: Companhia editora americana, 1972.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *National experiences in social damage repair* disponível em < https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/experiencias-nacionales-en-reparacion-de-dano-sociales >Acesso em 29 out. 2018.

SARLET, Ingo. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.* Disponível em <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf> Acesso em 06 nov. 2018.

SHIVA, Vandana. *Guerras por água: privatização, poluição e lucro.* São Paulo: Radical Livros, 2006.

VARGAS, Marcelo Coutinho et al. *Água e Cidadania: percepção social dos problemas de quantidade, qualidade e custo dos recursos hídricos em duas bacias hidrográficas do interior paulista*. Disponível <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/agricultura_meio_ambiente/Marcelo%20Coutinho%20Vargas.pdf > Acesso em 22 out. 2018.

A responsabilidade pelos danos causados por resíduos sólidos pós-consumo com base na Política Nacional de Resíduos Sólidos

Bárbara Cordeiro Figliuolo[1]
José Roque Nunes Marques[2]

1. Introdução

Alguns séculos após a Revolução Industrial, a sociedade contemporânea passa a enfrentar e discutir os danos ocasionados pela intensa atividade industrial e a produção em massa de bens de consumo.

O consumo é um fenômeno social, não envolve apenas a satisfação das nossas necessidades. Isso porque as nossas opções de consumo envolvem um contexto de inserção na vida em sociedade, levando em consideração fatores econômicos, sociais e culturais. Assim, podemos afirmar que na contemporaneidade, vivemos a chamada cultura do consumo.

O aumento, o acúmulo e a destinação final dos resíduos pós-consumo tem sido um problema de implicações potencialmente lesivas ao meio ambiente e, por consequência, para a saúde e a própria vida humana.

A problemática sobre geração e manejo de resíduos sólidos tem ganhado visibilidade no mundo contemporâneo, em especial, a partir do momento em que se reconhece a gravidade e a extensão dos danos que a disposição final inadequada dos resíduos pode gerar à saúde humana e ao meio ambiente.

---

[1] Advogada. Residente jurídica na Procuradoria Geral do Estado do Amazonas. Pós-graduanda em direito público pela Universidade Estadual do Amazonas (UEA) e graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD/UFAM). <barbfigli@hotmail.com>.

[2] Procurador de Justiça membro do Ministério Público Estadual do Estado do Amazonas. Doutor em Biotecnologia pelo Programa Multi-institucional de Pós-graduação em Biotecnologia pela Universidade Feral do Amazonas (2013). Professor Adjunto da disciplina Direito Ambiental da Universidade Federal do Amazonas. <roquemarques@mpam.mp.br>.

O consumo em massa característico da pós-modernidade implica em reflexões acerca de como proceder frente aos desafios instaurados diante de diversos danos ambientais provocadas por resíduos sólidos. Diante disso, tornou-se evidente que um dos grandes desafios da sociedade pós-moderna é o gerenciamento dos resíduos sólidos pós-consumo.

Nesse contexto, pretende-se analisar a responsabilidade civil por danos gerados por resíduos sólidos após o consumo com base na Lei 12.305/2010, também conhecida como Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), e demais legislações ambientais.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos aborda um dos maiores desafios, em termos ambientais, das políticas públicas voltadas à diminuição dos índices de poluição e degradação do meio ambiente gerados por resíduos sólidos.

Isto porque a referida lei trouxe uma série de inovações em suas metas, princípios e instrumentos com o objetivo de enfrentar os principais problemas ambientais, sociais e econômicos decorrentes do manejo e disposição inadequada desses resíduos.

O fundamento da Lei 12.305/2010 está intimamente ligado ao princípio da solidariedade e do desenvolvimento sustentável dispostos no 225 da Constituição Federal de 1988, o qual afirma "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

O referido dispositivo constitucional estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de toda a coletividade, portanto, de natureza jurídica nitidamente difusa, privada de um portador específico, pertencente a todos e não a ente estatal ou ao cidadão.

Nesse ínterim, importante que se faça o questionamento sobre as políticas públicas e medidas aplicáveis aos resíduos não aproveitáveis, gerados após o consumo. Assim, é de inegável importância o estudo da tutela dos danos ao meio ambiente natural gerados por resíduos sólidos pós-consumo, diante dos possíveis desastres ambientais causados, dentre outros fatores, pela produção em larga escala e o consumo desenfreado.

A própria Constituição define os legitimados passivos pelos danos causados ao meio ambiente: o Poder Público e a coletividade. Nesse sentido, Lei 12.305/2010 e demais instrumentos legislativos definem as responsabilidades específicas de cada participante na cadeia geradora de resíduos sólidos.

Destarte, o presente artigo tem como finalidade analisar as obrigações de cada sujeito produtor de resíduos sólidos pós-consumo, enfatizando a importância da participação destes para alcançar o propósito da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS).

A problemática central deste artigo versa, sobretudo, quanto à tutela jurídica dos fenômenos sociais e ambientais vivenciados na sociedade pós-moderna. Assim, a metodologia utilizada para direcionar a pesquisa foi a bibliográfica, com método indutivo e qualitativo, com o auxílio da doutrina, legislação e jurisprudência, visto que possibilitam a reflexão e a compreensão dos problemas e das contradições que envolvem o tema.

2. O tratamento jurídico dos resíduos sólidos pós-consumo

Nos primórdios ordenamentos jurídicos, os resíduos sólidos tinham natureza de bem móvel. Assim, a disposição dos resíduos pós-consumo tinha natureza jurídica de *res derelictae*, ou seja, abandono da coisa móvel. Nesse sentido, o gerador do resíduo seria o detentor, e após o seu descarte ocorreria o abandono, o que não geraria qualquer responsabilidade a este detentor.

Ocorre que o regime jurídico dos direitos reais aos resíduos pós-consumo tornou-se insuficiente e inadequado para a atual concepção dos resíduos, posto que aquele previa o abandono como forma de extinção do direito de propriedade. A conjectura jurídica contemporânea, especialmente após o advento da Constituição Federal, não tolerava mais a irresponsabilidade pelos prováveis e nefastos danos causados por resíduos sólidos.

A relevância jurídica dos resíduos passa a existir a partir do momento em que se percebe seu potencial lesivo ao meio ambiente e à qualidade de vida, potencial agravado pelo volume de resíduos produzido, diretamente proporcional à ampliação do consumo de massa.

A irresponsabilidade daí decorrente ia em sentido contrário à intenção do constituinte brasileiro, visto que a Constituição Federal garante a responsabilidade civil, administrativa e penal pelos condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, nos termos do § 3º do art. 225, *in verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e

> à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> [...]
>
> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Dessa forma, as teorias acerca da natureza jurídica dos resíduos sólidos precisavam evoluir. Assim, pensando no avanço da tutela do meio ambiente, Patrícia Lemos (2014, p. 87) entende que a atual concepção do meio ambiente como direito fundamental de terceira geração impõe uma nova interpretação do direito de propriedade e, nesse sentido, defende a natureza jurídica dos resíduos pós-consumo como um bem socioambiental:

> A proteção que se pretende ao meio ambiente não se exaure na tutela de bens singulares componentes do meio ambiente unitariamente considerado. Assim, temos que selecionar os chamados bens ambientais, essenciais à manutenção da vida das espécies, sendo irrelevante tratar-se de bens de titularidade privada ou pública. Cuida-se da dupla titularidade dos bens socioambientais. Por isso, classificamos os resíduos como bens socioambientais que, por sua importância para as presentes e futuras gerações, acabam por gerar responsabilidade do proprietário ou do possuidor.

Inclusive, a autora propôs e obteve aprovação do Enunciado 565 na IV Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho Federal de Justiça, a respeito da interpretação do art. 1.275, III, do CC/2002, com a seguinte redação: "não ocorre a perda da propriedade por abandono de resíduos sólidos, que são considerados bens socioambientais, nos termos da Lei 12/305/2012".

Destarte, a partir do momento em que os resíduos sólidos não são mais considerados coisa de ninguém, surge a responsabilidade sobre os seus geradores. Nessa perspectiva, o regime jurídico não tutela mais apenas três fases do ciclo econômico do resíduo, quais sejam, a produção, a distribuição e o consumo dos produtos, mas também tutela a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos pós-consumo.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos considera como geradores de resíduos sólidos as "pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou

privado, que geram resíduos sólidos por meio de suas atividades, nelas incluído o consumo", disposto no inciso IX do art. 3º da referida legislação.

É preciso que haja uma modificação de paradigmas e a quebra de alguns padrões comportamentais, até então, arraigados na cultura omissiva e permissiva, quanto ao manejo e gerenciamento de resíduos sólidos em todo o país. Neste sentido, FERREIRA (2000, p. 19) defende que:

> O estabelecimento de novos padrões comportamentais e culturais depende de um trabalho de educação e conscientização, e deveria (deve) ser tarefa da atual geração e das próximas, na construção de um novo modelo de mundo.

Percebe-se, portanto, que o atual ordenamento jurídico brasileiro tutela a responsabilidade pelos resíduos sólidos pós-consumo, quem quer que sejam seus geradores. Assim, são responsáveis, nos termos da lei, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes e os consumidores, ou seja, toda a cadeia produtiva dos resíduos pós-consumo.

3. Análise da responsabilidade preventiva instituída na Política Nacional de Resíduos Sólidos

O ordenamento brasileiro, considerando a importância do meio ambiente como bem jurídico, adota a responsabilidade civil objetiva pelos danos ao meio ambiente. A tutela foi consagrada na Política Nacional de Resíduos Sólidos (lei 6.938/81), cuja recepção pela Constituição Federal de 1988 se deu com fundamento no § 3º do art. 225, *in verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> [...]
>
> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O autor Cesar Antonio Pacheco Fiorillo (2014) entende que "A adoção pela Constituição Federal do regime da responsabilidade objetiva

implica a impossibilidade de alteração desse regime jurídico da responsabilidade civil, em matéria ambiental, por qualquer lei infraconstitucional".

Nesse sentido, a PNRS deve seguir o regime jurídico firmado na Carta Magna de forma que os produtores de resíduos sólidos são responsáveis, objetivamente, independentemente de culpa ou dolo, pelos danos causados ao meio ambiente.

Além das responsabilidades pós dano, a proteção do meio ambiente, tanto na PNRS como nas diversas legislações ambientais, envolve medidas diretamente preventivas como educação, investigação, estudos de impacto ambiental, licenciamento, entre outros, quanto medidas de desestímulo às práticas degradadoras decorrentes das responsabilidades civil, penal de administrativa.

Ocorre que, o entendimento tradicional da doutrina e da jurisprudência é de que o regime da responsabilidade civil objetiva é acionado após a ocorrência do dano, com a finalidade de que as indenizações financiem a recuperação do meio ambiente. Nessa seara, a Política Nacional de Resíduos Sólidos trouxe inovações ao sistema da responsabilidade civil ambiental, sobretudo porque a legislação determina diversas obrigações aos possíveis gerados de resíduos pós-consumo de forma preventiva ao dano.

A criação de responsabilidade a fim de tutelar a prevenção do dano instrumentaliza diversos princípios do direito ambiental e da Política Nacional de Resíduos Sólidos, como o princípio da prevenção, um dos princípios basilares do Direito Ambiental.

O princípio em comento aduz que, basicamente, significa que "em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente" (Fiorillo, 2014).

Outrossim, no que tange à responsabilidade por resíduos sólidos, o princípio da prevenção opera como um dever de cuidado, de utilização dos bens ambientais com razoabilidade.

O art. 225 da Constituição Federal prevê implicitamente o princípio ao mencionar o dever de preservação do meio ambiente que se impõe à coletividade e ao Poder Público. Além disso, trata de diversos mecanismos preventivos do dano, como a exigência de estudo prévio de impacto ambiental nos casos de atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental.

Da mesma forma, as responsabilidades preventivas relacionam-se diretamente com o princípio do desenvolvimento sustentável, haja vista que

permite uma maior abrangência das potencialidades, sendo desnecessária a concretização do prejuízo para colocar seu mecanismo em execução. Alcança-se um equilíbrio, muito embora frágil, entre as atividades do homem, sob as vistas de uma ampla responsabilidade civil preventiva, e a preservação da natureza.

Inclusive, a tutela inibitória e preventiva foi um dos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 101, que versou sobre a constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados, como se pode observar num pequeno trecho da ementa do julgado:

> "[...] 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. **Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas.** Direito à saúde: bem não patrimonial, **cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram.** [...]". (STF, ADPF 101, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012). Grifos não originais.

No contexto da Política Nacional de Resíduos Sólidos, o princípio também deve ser entendido como um ideal que importe a diminuição do consumo, a promoção de investimentos e a ampliação da informação, concretizada por meio de planos e estratégias, ou seja, um guia para a elaboração de políticas públicas.

Ainda no que se refere aos fundamentos principiológicos das obrigações preventivas, importante asseverar quanto ao direito da sociedade à informação e ao controle social. Somente com a devida informação é possível viabilizar a participação, ou seja, a atuação da sociedade civil nos termos previstos pelo legislador. No que se refere à responsabilidade pós-consumo, o possuidor do resíduo deve ser informado a respeito das formas e locais de disposição correta dos resíduos, bem como sua devolução no caso dos produtos sujeitos à sistemática da logística reversa. Todos os elos da cadeia da responsabilidade compartilhada ficam obrigados. Entretanto, para que o sistema funcione, é imprescindível a correta informação como forma de viabilizar a participação da sociedade.

O princípio do poluidor-pagador também é um dos princípios norteadores da PNRS e pode ser relacionado com a responsabilidade preventiva. Podemos afirmar que o princípio do poluidor-pagador determina a incidência e aplicação de alguns aspectos do regime jurídico da responsabilidade civil aos danos ambientais, quais sejam, a responsabilidade civil objetiva, a prioridade de reparação específica do dano ambiental e a solidariedade para suportar os danos causados ao meio ambiente.

Assim, o objetivo do referido princípio é impedir a socialização do prejuízo ambiental. Significa dizer que, considerando a função do bem socioambiental, a sociedade não pode ser penalizada.

Por fim, mas não menos importante, a Política Nacional de Resíduos Sólidos introduz ao ordenamento jurídico um novo princípio chamado princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos.

Insere-se a responsabilidade compartilhada pelos resíduos sólidos, um sistema diferenciado que adota o conceito de atribuições individualizadas e encadeadas entre os gestores do risco: fabricantes e importadores, distribuidores e comerciantes, titulares de serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos e o próprio consumidor, que tem papel fundamental para o sucesso da gestão de resíduos no Brasil. A sua implementação, que envolve a logística reversa de produtos elencados na referida lei, apresenta dificuldades técnicas e econômicas, que tem demandado uma série de discussões, abarcando os setores envolvidos, o Poder Público e os órgãos ambientais.

Assim, cada um dos participantes da cadeia de consumo tem o seu papel. Por exemplo, a redução de resíduos está muito mais relacionada ao próprio processo produtivo e ao emprego de novas tecnologias. Assim, qualquer responsabilidade nesse sentido fica adstrita ao próprio fabricante e não pode ser transferida aos demais participantes. Por outro lado, a participação do comércio, por sua proximidade com o consumidor, é extremamente relevante no que se refere à informação e à conscientização.

Nesse sentido, as disposições legais a respeito da Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) permitem um controle inverso: a responsabilidade pós-consumo influencia até mesmo na escolha das embalagens e nas informações relativas ao ciclo de vida completo do produto, buscado redução, reaproveitamento e reciclagem de resíduos.

Desta forma, muito embora estas obrigações legais não se encaixem perfeitamente nos termos tradicionais de responsabilidade civil, defendemos que a Política Nacional de Resíduos Sólidos introduziu

uma espécie de responsabilidade civil ambiental preventiva, visto que a responsabilização civil possibilita uma limitação patrimonial. No caso em análise, a limitação patrimonial se dá desde logo, com a obrigação de implementar as regras legais.

Outrossim, o produtor de resíduo sólido, especialmente no que tange aos personagens envolvidos no sistema de logística reversa, pode ser demandado de forma judicial quando caracterizada sua conduta comissiva ou omissiva, ainda que não haja um dano. Isto porque, como já defendido, a obrigação de implementar as obrigações por resíduos sólidos pós-consumo, a fim de evitar a geração do dano, desencadeia-se de forma preventiva.

3.1. Logística reversa: responsabilidade preventiva e resíduos pós-consumo

A industrialização causa efeito direto no meio ambiente por meio dos mecanismos de produção. Indiretamente, o consumo de determinados produtos causa indesejável impacto ambiental consistente no lixo urbano, ou seja, dos produtos que não tem mais utilidade e, quando descartados de forma incorreta, podem causar danos irreversíveis ao meio ambiente.

Em razão disso, a Lei 12.305/2010 determinou que os produtores, os fabricantes, os importadores e os comerciantes de determinados produtos passem a ser responsáveis não apenas pela diminuição do impacto ambiental em seu ciclo de produção, mas também após a utilização do produto pelo destinatário final.

Com base nisso, são obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, que consistem no retorno dos produtos após o uso pelos consumidores, fabricantes, importadores, distribuidores e comerciante de pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens, lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista e produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

O art. 33 da PNRS dispõe que:

> Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de:
>
> I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso,

> observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas;
>
> II - pilhas e baterias;
>
> III - pneus;
>
> IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens;
>
> V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista;
>
> VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

No caso dos resíduos sujeitos à logística reversa no âmbito da legislação brasileira, há diversas obrigações para a cadeia produtiva (fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes) como divulgação de informações relativas a como evitar, reciclar e eliminar resíduos associados aos seus produtos, bem como o recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso e, ainda, a obrigação de dar destinação final ambientalmente adequada. Nesse caso, a cadeia produtiva apontada fica obrigada a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, de forma que o retorno dos produtos pós-consumo se dê de forma independentemente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos.

Assim, a partir da PNRS, o sistema de logística reversa se tornou obrigatório para as cadeias de produtos acima mencionados. O sistema de logística reversa engloba diferentes atores sociais na responsabilização da destinação ambientalmente adequada dos resíduos sólidos. Gera obrigações, especialmente ao setor empresarial, de realizar o recolhimento de produtos e embalagens pós-consumo, assim como reassegurar seu reaproveitamento no mesmo ciclo produtivo ou garantir sua inserção em outros ciclos produtivos.

A legislação institui, desde já, determinadas obrigações, no entanto, não exclui a possibilidade de criação de novas encargos por meio de normas infralegais, acordos setoriais ou termos de compromisso, conforme a redação legislativa:

> Art. 33 [...]
>
> § 3° Sem prejuízo de exigências específicas fixadas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS, ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, cabe aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes

dos produtos a que se referem os incisos II, III, V e VI ou dos produtos e embalagens a que se referem os incisos I e IV do **caput** e o § 1°tomar todas as medidas necessárias para assegurar a implementação e operacionalização do sistema de logística reversa sob seu encargo, consoante o estabelecido neste artigo, podendo, entre outras medidas:

I - implantar procedimentos de compra de produtos ou embalagens usados;

II - disponibilizar postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis;

III - atuar em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, nos casos de que trata o § 1°.

§ 4° Os consumidores deverão efetuar a devolução após o uso, aos comerciantes ou distribuidores, dos produtos e das embalagens a que se referem os incisos I a VI do **caput**, e de outros produtos ou embalagens objeto de logística reversa, na forma do § 1°.

§ 5° Os comerciantes e distribuidores deverão efetuar a devolução aos fabricantes ou aos importadores dos produtos e embalagens reunidos ou devolvidos na forma dos §§ 3o e 4o.

§ 6° Os fabricantes e os importadores darão destinação ambientalmente adequada aos produtos e às embalagens reunidos ou devolvidos, sendo o rejeito encaminhado para a disposição final ambientalmente adequada, na forma estabelecida pelo órgão competente do Sisnama e, se houver, pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos.

§ 7° Se o titular do serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, por acordo setorial ou termo de compromisso firmado com o setor empresarial, encarregar-se de atividades de responsabilidade dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes nos sistemas de logística reversa dos produtos e embalagens a que se refere este artigo, as ações do poder público serão devidamente remuneradas, na forma previamente acordada entre as partes.

§ 8° Com exceção dos consumidores, todos os participantes dos sistemas de logística reversa manterão atualizadas e disponíveis ao órgão municipal competente e a outras autoridades informações completas sobre a realização das ações sob sua responsabilidade.

Ademais, o Decreto 7.404/2010, que regulamenta a Lei no 12.305/2010 e institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o

Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, define a responsabilidade dos consumidores na logística reversa:

> Art. 6°. Os consumidores são obrigados, sempre que estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou quando instituídos sistemas de logística reversa na forma do art. 15, a acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados e a disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução.
>
> Parágrafo único. A obrigação referida no caput não isenta os consumidores de observar as regras de acondicionamento, segregação e destinação final dos resíduos previstas na legislação do titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

Nos termos do supracitado decreto, na implementação e operacionalização do sistema de logística reversa poderão ser adotados procedimentos de compra de produtos ou embalagens usadas e instituídos postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis, devendo ser priorizada, especialmente no caso de embalagens pós-consumo, a participação de cooperativas ou outras formas de associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis.

Portanto, quando concretizado o sistema de logística reversa na localidade, os fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes e consumidores tem sua responsabilidade definida de forma preventiva, a fim de evitar a ocorrência de danos ao meio ambiente.

Importante destacar que a escolha de determinados produtos e materiais pelo legislador não se deu de forma aleatória. Há uma prioridade, de acordo com o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente, entre os resíduos sólidos pós-consumo. Pensando nisso, previu-se a extensão da logística reversa para produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e outros produtos e embalagens no decreto executor da PNRS, como previsto nos §§ 1° e 2°, a seguir:

> Art. 33 [...]
>
> § 1° Na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no **caput** serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

> § 2° A definição dos produtos e embalagens a que se refere o § 1°considerará a viabilidade técnica e econômica da logística reversa, bem como o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

A cadeia produtiva, assim, deve responder pelo produto após o seu consumo, oferecendo ao consumidor meios para a entrega consciente do bem inutilizável e poluidor.

Percebe-se, assim, que não se requer nem mesmo o dano para perfectibilização da responsabilidade pós-consumo. A mera ameaça, eventualidade de dano, tida como certa caso tais produtos perigosos venham a ser dispostos no meio ambiente como resíduos comuns, já é suficiente para autorizar a responsabilização das indústrias por providências preventivas de controle, gestão e destinação final dos produtos.

Importante asseverar o avanço doutrinário no sentido de que a doutrina vem incorporando uma vertente nitidamente preventiva à responsabilidade ambiental, entendendo-se que o explorador de uma atividade de risco, passível de causar danos ambientais, ou utilizadora de recursos naturais, deve incorporar, no seu processo produtivo, medidas de prevenção e controle ambientais, a fim de impedir a ocorrência da degradação. Conforme esclarece Arruda,

> num primeiro momento, ele atua preventivamente, visando evitar ou, ao menos, mitigar os danos ambientais, obrigando, por conseguinte, que o agente econômico adote medidas no sentido de afastar os riscos da atividade. No momento seguinte, entretanto, o princípio se manifesta exigindo que o poluidor arque com todos os custos de reparação em vista do dano causado.

Diante do exposto, podemos concluir que a obrigação de implementar o sistema de logística reversa é um dos maiores exemplos de responsabilidade civil instituída de forma preventiva, isto porque o responsável pode ser demandando por seu eventual descumprimento ou inobservância da legislação, ainda que não haja qualquer dano.

3.2. A tutela jurídica pelos danos gerados por resíduos sólidos pós-consumo

Tradicionalmente, os danos ao meio ambiente são concebidos, pela doutrina e pela jurisprudência, como uma lesão a um interesse difuso, que significa dizer que o prejuízo atinge interesses transindividuais, de

natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.[3]

A problemática dos resíduos sólidos pós-consumo, em razão de envolver bens jurídicos como o direito à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e à própria dignidade humana, claramente tem natureza difusa.

Além da responsabilização por dano ambiental de forma patrimonial, a concepção do dano ambiental como difuso permite o reconhecimento do dano ambiental extrapatrimonial, que "diz respeito a perda de qualidade de vida, ou seja, aspectos ligados à saúde humana, ao sossego, ao direito a determinada situação ecológica" (Patrícia Lemos, 2014, p. 103-105 e 123).

Os danos ambientais decorrentes de resíduos sólidos podem ser considerados, ainda, como uma forma de poluição ao meio ambiente natural. Nos moldes do art. 3°, III, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), o lixo urbano, ou seja, o resíduo pós-consumo possui a natureza jurídica de poluente. O aludido dispositivo determina:

> Art 3° - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> [...]
>
> II – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante das atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
c) afetem desfavoravelmente a biota;
d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos".

Assim, o resíduo sólido pós-consumo, desde o momento em que é produzido, possui a natureza jurídica de poluente, porque, assumindo o papel de resíduo urbano, deverá ser submetido a um processo de tratamento que, por si só, constitui, mediata ou imediatamente, forma de degradação ambiental.

---

[3] Código de Defesa do Consumidor (CDC),"Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;"

Importante destacar que os danos ambientais podem decorrer de diversas origens por atuação concorrente de inúmeros sujeitos, e, em vários casos, como nos danos por resíduos sólidos pós consumo, manifestam-se somente depois do transcurso de um longo período de tempo.

Como defendido na Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para impor aos fabricantes de lâmpadas fluorescentes a responsabilidade por sua destinação final, sendo o dano ambiental um fato antijurídico normalmente irreversível, que atinge o direito fundamental ao ambiente equilibrado, compete ao Estado a sua prevenção através de diversos mecanismos de gestão e controle de riscos, do que é exemplo a responsabilidade pós-consumo, em que, por lei, se toma a decisão de que aqueles que geram riscos significativos à saúde e ao meio ambiente, no momento em que inserem no mercado produtos perigosos, como é o caso das pilhas, baterias, pneus, agrotóxicos e lâmpadas fluorescentes, têm a responsabilidade solidária por sua adequada gestão até a destinação final.

Nessas hipóteses, o principal custo deve ser arcado por aquele setor que mais se beneficia dos lucros advindos da comercialização – a indústria, desonerando-se o Poder Público de custos vultuosos de destinação final, pois tais resíduos, por serem perigosos, não podem ser colocados diretamente nos aterros sanitários e geram custos elevados de prévia descontaminação.

Somando-se esses fatores à progressiva geração de resíduos com alta potencialidade de risco ao meio ambiente, em decorrência do acentuado processo de urbanização, os danos ambientais decorrentes de resíduos pós-consumo devem ser considerados como um dos novos danos oriundos do fenômeno da pós-modernidade.

4. Considerações finais

A apropriada tutela jurídica dos resíduos sólidos pós-consumo, não só no Brasil, mas em todo mundo, é temática imprescindível e urgente, diante dos prováveis e futuros desastres ambientais.

A função preventiva assume importância crucial quando se tem em consideração aquelas situações em que é totalmente impossível a reparação integral do dano, como, muitas vezes, são os casos de danos ambientais.

Assim, devemos valorizar medidas preventivas de forma a evitar a ocorrência do dano, como meio de buscar uma efetiva política ambiental, ao invés de ajuizar demandas com exorbitantes valores indenizatórios.

Conforme demostrado na presente pesquisa, o sistema de logística reversa foi um dos principais instrumentos preventivos trazidos pela Política Nacional de Resíduos Sólidos. Isto porque a legislação prevê a responsabilização da cadeia envolvida na fabricação, na distribuição, na comercialização e no consumo de determinadas espécies de produtos ainda que não haja qualquer dano em seu aspecto naturalístico. Assim, a PNRS, antevendo um dano, impôs obrigações de fazer e não fazer à toda cadeia produtiva e pós-consumo.

É importante asseverar, no entanto, que a discussão jurídica acerca da responsabilidade pós-consumo não exclui a necessária e constante reflexão quanto ao consumo em massa da sociedade urbano industrial, com a consequente alteração dos atuais padrões insustentáveis.

Assim, a responsabilidade pelos danos causados pelo descarte inadequado de resíduos sólidos pós-consumo não se restringe ao usuário final, estendendo-se a todos aqueles que concorreram, direta ou indiretamente, para o resultado, na medida em que o dano ambiental pode ter diferentes causas ou fontes, simultâneas ou sucessivas, sendo bastante difícil sua determinação.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

______. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm> Acesso em: 06 nov. 2018.

______. Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 de ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007 2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em 06 nov. 2018.

______. Decreto 7.404, de 23 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei 12.305/2010. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 dez. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm> Acesso em: 06 nov. 2018.

ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. Responsabilidade ambiental no direito brasileiro: categorias – reparatória e acautelatória. Dissertação de mestrado – UFSC. Florianópolis, 2005, p. 29.

FIGLIUOLO, Barbara Cordeiro; MARQUES, José Roque Nunes. A RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA NO ÂMBITO DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS (LEI 12.305/2010) E SUA APLICABILIDADE PRÁTICA EM MANAUS... In: Anais do SICASA e ANPPAS Amazônia. Anais... Manaus(AM) UFAM/ANPPAS, 2016. Disponível em: <https//www.even3.com.br/anais/IVSICASA/33024-A-RESPONSABILIDADE-COMPARTILHADA-NO-AMBITO-DA-POLITICA-NACIONAL-DE-RESIDUOS-SOLIDOS--(LEI-123052010)-E-SUA-APLICA>. Acesso em: 07/11/2018 21:55.

FERREIRA, João Alberto. Resíduos sólidos: perspectivas atuais. In: OLIVEIRA, Rosália Maria de; SISINNO, Cristina Lucia Silveira (org.). Resíduos sólidos, ambiente e saúde: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14 edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUERRA, Sidney. Resíduos Sólidos: Comentários à Lei 12.305/2012. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

LEMOS, Patrícia Fala Iglecias. Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. A Responsabilidade Ambiental Pós-consumo e o Princípio da Participação na Novel PNRS: Contornos Necessários. Aspectos Relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos. São Paulo, Editora Atlas, 2013.

SILVA, Bruno Campos. A Responsabilidade Ambiental Pós-consumo e o Princípio da Participação na Novel PNRS: Contornos Necessários. Aspectos Relevantes da Política Nacional de Resíduos Sólidos. São Paulo, Editora Atlas, 2013.

17

Dano ambiental laboral e suas consequências

Valmir César Pozzetti[1]
Adriana Carla Souza Cromwell[2]

1. Introdução

A atividade humana interfere, a todo momento, no meio ambiente natural, trazendo alterações e consequências, ora positiva, ora negativa, modificando o meio natural e transformando-o em meio ambiente artificial.

Essas atividades trazem consigo alterações que, se não tomado o devido cuidado, podem ser extremamente negativas. Dessa forma, essas externalidades têm provocado grandes impactos na natureza, trazendo reflexos negativos, tais como aquecimento global, mudanças climáticas, surgimento de diversas doenças antes não existentes, alterações na qualidade da água, do ar, do solo, etc...

O processo de industrialização, no âmbito planetário trouxe um desenvolvimento econômico muito grande às nações, alterou o modo de vida das pessoas, facilitando as relações comerciais e a comunicação entre os povos. Mas trouxe também, novos desafios, uma vez que a atividade empresarial retira do meio ambiente os recursos primários para transformá-los em bens de consumo industrializados, gerando impactos de ordem econômica, social e ambiental, extinguindo os recursos naturais e não tendo a capacidade de tratar ou reciclar o lixo gerado.

Nesse sentido, o meio ambiente de trabalho, que é um meio ambiente artificial, alterado pela ação humana, vem impondo novas formas de trabalho

---

[1] Doutor em Biodireito/Direito Ambiental e Mestre em Direito do Urbanismo e Meio Ambiente, pela Université de Limoges/França; professor Adjunto da UFAM – Universidade Federal do Amazonas e da UEA – Universidade do Estado do Amazonas. <v_pozzetti@hotmail.com>.

[2] Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas e Procuradora do Munícipio de Manaus/AM. <adrianacromwell@icloud.com>.

ao ser humano, tais como: ambiente climatizado e confinado, carga horária excessiva, ambientes insalubres e perigosos, necessidade de utilização de equipamentos de proteção individual, as novas tecnologias que chegam sem saber-se o reflexo destas sobre a saúde do trabalhador, dentre outros. Essas atividades devem ser desempenhadas levando-se em conta a harmonia da produção, qualidade do produto e saúde do trabalhador.

Assim, o objetivo desta pesquisa é o de identificar os possíveis danos ao trabalhador, no meio ambiente de trabalho, e analisar a legislação disponivel no tocante à proteção do ser humano dentro deste contexto.

A problemática que movimenta essa pesquisa é: de que forma a legislação brasileira pode contribuir para redução ou eliminação de danos à saúde do trabalhador, no meio ambiente de trabalho contemporâneo?

A pesquisa se justifica, tendo em vista que o meio ambiente de trabalho "são" e de qualidade deve ser um dever do empregador, pois não se pode permitir, na contemporaneidade, que empregados ingressem "sãos" nos postos de trabalho, sob a tutela e poder de mando do empregador e passado algum tempo, tenham a sua saúde comprometida, enquanto que, de outro lado, o empregador lucrou com esse dano que causou ao trabalhador/empregado.

A metodologia que será utilizada nessa pesquisa é a do método dedutivo onde se parte das leituras disponíveis e se chega a uma conclusão em virtude das situações estudadas; quanto aos meios a pesquisa será a bibliográfica, com uso da doutrina, legislação e jurisprudência; e quantos aos fins a pesquisa será a qualitativa.

2. Meio Ambiente como Direito Difuso

O meio ambiente é todo espaço físico, artificial ou psíquico, onde os seres que habitam o planeta interagem-se entre si ou consigo mesmo. Esse meio ambiente pode ser natural – sem a presença do homem – ou artificial – com a presença do homem e, inclusive, com as alterações promovidas por ele.

De acordo com o art. 200, inciso VIII da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) o meio ambiente do trabalho insere-se no meio ambiente como um todo, integrando o rol dos direitos humanos fundamentais, inclusive por ter como objetivo o respeito à dignidade da pessoa humana, valor supremo que revela o caráter único e insubstituível de cada ser humano.

Neste sentido Nascimento (2009, p. 739) defende que:

> **O conceito do meio ambiente de trabalho transcende a concepção meramente espacial**, ou seja, o local de trabalho como elemento do contrato de trabalho, e rejeita a dicotomia natural x artificial, pois é, exatamente, o complexo máquina-trabalho: edificações, EPIs, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, bem como outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho. E para que o trabalhador desenvolva as suas atividades em local apropriado, o Direito determina condições mínimas a serem observadas pelas empresas, tanto no que se refere às instalações e demais dependências onde o trabalho se situa, quanto às condições de contágio com agentes nocivos à saúde ou de perigo que a atividade possa oferecer. (gn)

Esse meio ambiente tem proteção legal estabelecida na Constituição Federal de 1988- CF/88, *in verbis*:

> Art. 225 - **Todo**s têm direito ao **meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se** ao Poder Público **e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações. (gn)

Verifica-se, pelo texto legal, o destaque de "todos", como titulares do meio ambiente sadio e de qualidade. Logo, a palavra "todos" nos remete à condição de direito difuso, uma vez que a titularidade desse meio ambiente é de todos os seres, atingindo não só o homem, mas também as plantas, os animais, os minerais, as bactérias, os vírus, etc....

Importante destacar que o texto legal esclarece que o meio ambiente deve ser equilibrado para gerar qualidade de vida e saúde a todos.

Nesse contexto, preservar a saúde do trabalhador se impõe como norma cogente, obrigando o empregador a cuidar dessa saúde, em todos os aspectos, seja ela física ou mental do trabalhador, uma vez o meio ambiente de trabalho é fornecido pelo empregador, que contrata o trabalhador para obter lucro, através da contraprestação do trabalho.

Assim, esse meio ambiente de trabalho deve gerar lucro ao empregador, mas em contrapartida deve gerar salário, dignidade e saúde ao trabalhador, não sendo permitido ao empregador receber um trabalhador

com saúde e devolvê-lo à sociedade com a saúde comprometida, ou incapaz para o trabalho, em virtude do trabalho realizado.

Nesse sentido é importante destacar que o espaço laboral é de responsabilidade do empregador, que oferece o local de trabalho e as ferramentas necessárias para que o trabalhador possa desenvolver a atividade que lhe gerará lucro, enquanto que o trabalhador realiza o trabalho em troca das verbas que lhe assegurarão o direito à alimentação.

2.1. Definição e Espécies de Meio Ambiente

O Meio Ambiente é todo local, material ou imaterial, onde haja atividades relacionadas à vida; é o local em que vive o homem e todos os seres, abrigando a vida em todas as suas formas; é um meio marcado por interações constantes, seja da própria natureza, seja da ação desempenhada pelo homem. No tocante ao conceito jurídico vamos encontrar guarida na LPNMA – Lei de Política nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81):

> Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
>
> I – **meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas** formas; (gn)

Assim, o meio ambiente pode ser natural ou artificial. O meio ambiente natural é aquele que o homem ainda não o transformou, está intacto e as relações travadas nesse meio ambiente são aquelas em que os demais agentes da natureza interagem entre si, sem a presença do homem interagindo ou modificando-o.

Já o Meio Ambiente Artificial **é** aquele que foi transformado pela ação continuada e persistente do homem com o objetivo de estabelecer relações sociais. É composto pelo meio ambiente urbano e rural. No meio ambiente rural vamos encontrar o homem transformando o seu *habitat*, construindo barragens, açudes, lagos, desenvolvendo o plantio da monocultura através da derrubada de florestas, etc... No meio ambiente urbano vamos encontrar o homem construindo prédios, mecanizando a produção, confinando trabalhadores em locais insalubres, perigosos, ou mesmo pressionando-os psiquicamente, com excesso de horas extras, assédio moral ou sexual, ou dispensa imotivada.

Assim, pode-se conceituar meio ambiente de trabalho, como aquele meio ambiente artificial, como a ambiência na qual se desenvolvem as

atividades do trabalho humano. Não se limita ao empregado, mas sim estende-se a todo trabalhador que cede sua mão-de-obra e exerce uma atividade em um ambiente de trabalho. E o ambiente laboral não se restringe ao espaço interno da empresa, mas ao espaço da moradia ou ao ambiente urbano.

Nesse sentido Rocha (1997, p. 30) esclarece que "Meio Ambiente do Trabalho é um sistema de normas (regras e princípios) de caráter preventivo que tutelam a proteção do ambiente de trabalho e da saúde do trabalhador".

Dessa forma, impõe-se a aplicação de regras de proteção do direito do trabalho e do direito ambiental, inclusive de seus princípios (prevenção, precaução, sustentabilidade, participação e poluidor- pagador), que falaremos adiante, no item dano ambiental.

2.2. *Meio Ambiente Laboral e sua natureza jurídica*

A natureza jurídica diz respeito à afinidade que um instituto têm, em diversos pontos, com um determinado ramo do Direito, para se buscar a sua essência e classificá-lo dentro do universo de normas jurídicas, existentes no Direito.

No tocante ao Meio Ambiente do Trabalho qual seria a sua natureza jurídica e força cogente? Esse é o objeto de estudo deste capitulo.

Para Toledo (2011), citado por Pozzetti e Santos (2018, p. 300), "o meio ambiente de trabalho pode ser traduzido como "o conjunto das condições internas e do local de trabalho, que é determinante para a saúde dos trabalhadores, pois os agentes causadores de diferentes patologias serão identificados no próprio ambiente de trabalho".

Dessa forma, vamos encontrar a Fundamentação legal do Direito Ambiental do Trabalho na CF/88:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> I – (...) *omisis*
>
> II - ninguém será obrigado **a fazer ou deixar de fazer** alguma coisa senão em virtude de lei;
>
> III - **ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante**; (gn)

Verifica-se, portanto, que o empregador não pode submeter o trabalhador a tortura, seja ela física ou psíquica, nem mesmo impor ao trabalhador tratamento desumano ou degradante, ou ainda ofertar-lhe um meio ambiente de trabalho sem condições adequadas ou que lhe reduza a saúde. O texto constitucional proíbe tal conduta e ainda obriga o empregador a agir dessa forma, uma vez que o está impondo a ele é a observância da lei (inciso II); e o texto constitucional é a legislação mais importante da nação brasileira.

Ainda para caracterizar a Natureza Jurídica Constitucional do meio Ambiente do Trabalho, a CF/88 estabelece:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde**, a alimentação, o trabalho**, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (gn)
>
> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
>
> *(...) omissis*
>
> **VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho**. (gn)

E ainda se pode verificar a proteção ambiental e ao trabalho na CF/88, quando se estabelece a livre iniciativa, mas com observância ao meio ambiente:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> I - soberania nacional;
>
> II - propriedade privada;
>
> III - função social da propriedade;
>
> IV - livre concorrência;
>
> V - defesa do consumidor;
>
> VI **- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;**
>
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
>
> **VIII - busca do pleno emprego;**
>
> (...) omissis

Dessa forma, verifica-se a natureza jurídica constitucional do meio ambiente do trabalho, que por sua vez impõe que a "vida digna" tem que ter: saúde, trabalho e alimentação adequada. Nesse sentido as verbas trabalhistas tem caráter alimentar e, por outro lado, o trabalho não pode usurpar a saúde do trabalhador: a saúde envolve elementos de ordem material e psíquica. Sendo assim, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não permite, por exemplo, a prática do assédio moral no trabalho. O pleno emprego, destacado no inciso VIII do artigo 10 da CF/88 inclui meio ambiente material e psíquico, adequados.

Ainda podemos destacar na CF/88:

> Art. 225. *Omissis*
>
> **§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:**
>
> (...) *omissis*
>
> IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
>
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
>
> *(...) omissis*
>
> **§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente** sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (gn)

No tocante ao inciso IV e V, vamos encontrar o dever do empregador de manter, no ambiente de trabalho, Técnico e Engenheiro de Segurança do Trabalho, que avaliará continuadamente o ambiente Insalubre, perigoso e outras condições desfavoráveis ao trabalho digno e saudável.

Já no tocante ao parágrafo 3º, vamos encontrar a obrigação do empregador de oferecer ao trabalhador os EPI´s – Equipamento de proteção individual, tais como máscaras, luvas, protetor auricular e outros, para diminuir ou eliminar os danos que o ambiente de trabalho ou a atividade laboral possa causar ao trabalhador. E o parágrafo 3º ainda estabelece penalidades àquele que causar o dano ambiental laboral: sanções penais e administrativas; ou seja, o dano que o empregador causar, estará obrigado a responder por ele.

Percebe-se que às condutas lesivas ao trabalhador no ambiente de trabalho impõe-se ao seu empregador, a obrigação de reparar o dano; pois o empregador não poderá desprezar os fundamentos da CF/88 que estabelece:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania;
>
> **III - a dignidade da pessoa humana;**
>
> **IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;**
>
> (...) omissis (gn)

Percebe-se que os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa visam o lucro! Mas esse lucro precisa ter um limite que atenda a dignidade da Pessoa Humana (art.225, parágrafo 1º, IV e V, c/c art. 3º, III da PNMA, que define as atividades poluidoras).

Nesse sentido, Pozzetti e Santos (2018, p.299) esclarecem que "A cabeça do art. 170 da atual Constituição Federal Brasileira, "ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", complementado e consolidado no art. 193, "a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social".

Desta forma, a natureza jurídica do meio ambiente do trabalho é Constitucional, devendo o empregador ou aquele que empreender, obedecer aos comandos legais de preservação da vida, de oferta de trabalho saudável, de se observar a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, segundo Rocha, citado por Pozzetti (2016, p.171) "A proteção ao meio ambiente do trabalho associa-se à tutela de saúde do trabalhador, sob o fundamento constitucional da tutela da "vida com dignidade".

É importante destacar que a CEAM - Constituição do Estado do Amazonas - também traz essa preocupação com o Meio Ambiente do Trabalho:

> art. 229. Todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

§ 1º. O desenvolvimento econômico e social, na forma da lei, deverá ser compatível com a proteção do meio ambiente, para preservá-lo de alterações que, direta ou indiretamente, sejam prejudiciais à saúde, à segurança e ao bem-estar da comunidade, ou ocasionem danos à fauna, à flora, aos caudais ou a o ecossistema em geral.

§ 2º. Esse direito estende -se ao ambiente de trabalho, ficando o Poder Público obrigado a garantir essa condição contra qualquer ação nociva à saúde física e mental. (gns)

Veja-se que a CEAM aprofunda um pouco mais, destacando que o meio ambiente diz respeito ao meio ambiente do trabalho, determinando ao Poder Público a obrigação de garantir a condição de salubridade no meio ambiente do trabalho, seja essa salubridade física ou mental.

Dessa forma, verifica-se que a natureza jurídica do meio ambiente do trabalho é de natureza constitucional, tanto no âmbito federal como estadual, impondo-se ao empregador, a obrigação de preservar e manter postos de trabalhos que tragam dignidade e saúde ao trabalhador.

Neste particular, a problemática da insalubridade e periculosidade, dos ambientes de trabalho deve ser compreendida como uma das mais graves situações que assolam o ambiente.

Para Pozzetti e Santos (2018, p.300):

> A Saúde do Trabalhador constitui uma das áreas da Saúde Pública, caracterizando-se por ter como objeto de estudo e intervenção as relações entre o trabalho e a saúde. Seus objetivos compreendem a promoção e a proteção da saúde do trabalhador, desenvolvidos, entre outras ações, por meio da vigilância dos riscos presentes nos ambientes e condições de trabalho, dos agravos à saúde do trabalhador e a organização e prestação da assistência aos trabalhadores, nela compreendidos os procedimentos de diagnóstico, tratamento e reabilitação de forma integrada, no Sistema Único de Saúde (SUS).

Pois bem, dentro desse contexto verifica-se que o meio ambiente do trabalho é de responsabilidade do empregador e, nesse sentido a legislação constitucional impõe a ele uma série de obrigações para preservar o meio ambiente sadio e de qualidade, para não causar danos ao trabalhador. Dentre as obrigações também se insere o dever do empregador de promover, no ambiente laboral a educação ambiental, sob pena de responder por omissão, pelos danos causados.

3. Educação Ambiental como agente transformador do meio ambiente do trabalho

A Educação Ambiental está intimamente ligada ao Princípio da Participação, uma vez que só participa quem têm informações que lhe permitam decidir e opinar.

Dessa forma, educar-se precede a "participar". Assim, a PNEA – Política Nacional de Educação Ambiental, Lei nº 9.795/1999 estabelece:

> Art. 1º. Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Verifica-se então, que o indivíduo é que controla esses valores; assim sendo, no âmbito das atividades laborais, os trabalhadores irão desenvolver as atividades e construirão valores dentro daquele ambiente laboral que irá reger a forma pela qual desempenham essas atividades

Dentro do ambiente laboral a CIPA- Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho - tem a função de realizar a educação ambiental, através da ministração de cursos sobre postura no ambiente de trabalho, cuidados e atenções necessárias para que o trabalhador possa desenvolver suas atividades em posições ou de forma que não lhe tragam prejuízos físicos ou mentais, além de exigir os EPIs – Equipamento de Proteção Individual, estabelecidos pela CLT, como obrigação da Empresa, conforme CF/88:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> (...) *omissis*
>
> XXII - **redução dos riscos inerentes ao trabalho**, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; (gn)

Neste sentido a CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas (DL nº 5.452/1943) estabelece:

> Art.166. **A empresa é obrigada a fornecer aos empregados**, gratuitamente, equipamentos de proteção individual

> adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.
>
> Art. 167. O equipamento de proteção só poderá ser posto à venda ou utilizado com a indicação do Certificado de Aprovação do Ministério do Trabalho. (gn)

Veja-se, portanto, que é obrigação da empresa oferecer o EPI; entretanto, não basta oferecer, é preciso educar o trabalhador a usar e de que forma usar o Equipamento, a fim de ajudá-lo a efetivamente reduzir os riscos.

Essa educação deve ser realizada pela CIPA; pois ela é um instrumento de prevenção de acidentes dentro das empresas. As CIPA's são constituídas por membros representantes dos trabalhadores e do empregador. São, pessoas escolhidas para, dentro da empresa, desempenharem as atividades de informação, educação, comunicação, levantamento e fiscalização do ambiente laboral. Ela é de constituição obrigatória para todas as empresas que tiverem 20 ou mais empregados; sendo que para as que possuem menos empregados, é facultativa a instituição da CIPA.

Os objetivos da CIPA é observar as condições de risco nos ambientes de trabalho e buscar maneiras para reduzi-los, preservando a saúde e integridade física dos trabalhadores e prestadores de serviço da empresa, prevenindo acidentes e doenças decorrentes do trabalho.

A CIPA também atua nas questões relacionadas às doenças de posturas, de mau hábito, ministrando cursos e orientando o trabalhador a ter postura mais adequada e a verificar e aprender a bem manusear os equipamentos.

Neste sentido a Educação ambiental dentro do ambiente de trabalho é extremamente importante e é algo necessário para se evitar os acidentes; pois segundo Pozzetti e Soledade (2017, p. 138):

> A educação ambiental, dessa forma, é questionadora, criativa, inovadora e crítica. Porém, isolada, não irá resolver os problemas ambientais do planeta, mas pode influenciar de maneira positiva para tais resoluções, uma vez que forma cidadãos conscientes de seus direitos e deveres, ajudando-os a definir critérios, os problemas e as alternativas, auxiliando e buscando juntamente com estes cidadãos as alternativas para realidades especificas, visto que dependem de toda a coletividade para a solução dos problemas que estes enfrentam.

Assim, verifica-se que o empregador tem a obrigação de educar os seus empregados, através de mecanismos informativos, seja através da CIPA ou outras fontes de informações, não podendo se omitir; uma vez que, se essa omissão de informação causar prejuízo ou dano ao trabalhador, ele ficará obrigado a reparar o dano.

4. Dano Ambiental Laboral

O dano nada mais é do que o prejuízo, de ordem material ou moral, causado à outrem, quer por uma ação, quer por omissão. Neste sentido o código civil estabelece:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

No âmbito do Direito Ambiental, também se aplica o dispositivo acima, vez que qualquer alteração que alguém promover, no meio ambiente, e causar dano a outrem, também estará cometendo ato ilícito.

Neste sentido, Porfirio Junior (2002) citado por Passos (2012, p.50) esclarece que:

> **É necessário, portanto, que se faça distinção entre os conceitos de dano ambiental e dano ecológico. Entende-se, aqui, que o dano ecológico (que pode ser chamado de dano ambiental puro) é uma espécie do dano ambiental, que considera apenas as lesões causadas aos elementos naturais do meio ambiente, ainda que estas não resultem necessariamente em prejuízos patrimoniais diretos ou indiretos. Tal distinção é importante quando se trata de estudas a responsabilidade estatal, pois como o dano ambiental puro atinge bens de interesses difusos, são consequentemente, diferentes as soluções a serem dadas à sua reparação ou indenização.**

No âmbito do direito do trabalho, o empregador, mesmo estando na posse de seus direitos de exigir a atividade do trabalhador, se exceder nessa exigência, estará cometendo ato ilícito e por sua vez dano, conforme o Código Civil:

> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Assim sendo, no tocante ao dano ambiental, a CF/88 estabelece a necessidade de reparar o dano ambiental:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> **(...) omissis**
>
> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. **(gn)**

Nesse sentido Pozzetti (2016, p.22) esclarece:

> Verifica-se que, além dos danos causados ao trabalhador, no ambiente do trabalho, se as externalidades geradas causarem prejuízos à população do entorno, a Empresa também estará responsável para indenizar as vítimas, assegurando-lhes: planos de saúde, recuperação e lucros cessantes, se for o caso. Com efeito, a problemática das doenças profissionais (produzida ou desencadeada pelo exercício peculiar a determinada atividade – tecnopatia) pode ser enquadrada, também, como degradação ambiental. Os agentes agressivos entram em contato com os trabalhadores por inalação, pelas vias respiratórias; por ingestão, absorvidos pelo trato intestinal; ou pela exposição dermal, contato com a pele. A inalação é um dos problemas de maior gravidade na questão ocupacional, na medida em que a respiração é um processo contínuo, embora a exposição pela pele constitua o maior volume das doenças, com as dermatites ocupacionais.

Segundo Pozzetti e Santos (2018, p. 308):

> Segundo as informações na plataforma de monitoramento "Smartlab de Trabalho Decente" (2018, p.p), que é um laboratório multidisciplinar desenvolvido pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), "nos últimos seis anos (2012 a 2017), a cidade de Manaus registrou cerca de 31.436 comunicações de acidente de trabalho, destacam-se as seguintes ocorrências: corte, laceração, ferida contusa, punctura (furo ou picada) e ferida aberta totalizaram 8.132 casos".

Veja-se, portanto, que os índices de acidentes laborais são muito altos, retirando a saúde e a dignidade do trabalhador.

Entretanto verificamos que há dispositivos legais que obrigam o empregador a oferecer um meio ambiente são aos trabalhadores.

Bem, mas ocorrendo o dano ambiental ao trabalhador, o que se deve fazer? É possível que ele seja reparado tendo em vista a negligência ou omissão do empregador? Sim, o próprio Codigo civil o tipifica como ilícito e impõe a obrigação de reparar o dano, inclusive com indenização.

Pozzetti e Santos (2018, p. 309) chamam a atenção para índices alarmantes no PIM – Polo Incentivado de Manaus, no tocante a acidentes de trabalho e danos gerados ao trabalhador em virtude de meio ambiente de trabalho inadequado:

> Enquanto, contusão e esmagamento (superfície cutânea) somaram 5.020 casos. Ao mesmo tempo em que 3.637 casos de fratura foram registrados, outros 3.510 casos de escoriação, abrasão (ferimento superficial) e 2.072 casos de lesão imediata, NIC foram notificados. Os setores econômicos com mais acidentes de trabalho no Estado do Amazonas são: fabricação de aparelhos de recepção, reprodução, gravação e amplificação de áudio e vídeo (2.277 acidentes); fabricação de motocicletas (2.078 acidentes); transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, municipal e em região metropolitana (1.603 acidentes); transporte rodoviário de carga (1.322 acidentes); construção de edifícios (1.200 acidentes); fabricação de artefatos de material plástico não especificados anteriormente (1.195 acidentes); atividades de atendimento hospitalar (1.069 acidentes); comércio varejista (mercadorias em geral e produtos alimentícios), hipermercados e supermercados (746 acidentes); transporte por navegação interior de carga (745 acidentes) e fabricação de refrigerantes e de outras bebidas não-alcoólicas (712 acidentes). Destas, 114 foram ocorrências envolvendo menores de 18 anos. Foram reportadas, ainda, 47 mortes.

Ainda no tocante ao dano ambiental, Passos (2012, p. 51) esclarece que "em síntese, os elementos mais marcantes do dano ambiental estão na noção de abuso de direito, ou de anormalidade no trato com o meio ambiente, e na propagação de reflexos difusos ocasionados pelo prejuízo ambiental".

Para inibir tais danos, o direito ambiental, como direito difuso, traz alguns princípios importantes que se aplicam ao direito ambiental do trabalho e devem ser observados pelo empreendedor, para que se cumpra o estabelecido no *caput* do artigo 225 da CF/88, que é o de promover a

vida, e oferecer a todos o direito ao meio ambiente de qualidade; obrigação essa que é do Estado e de todos os cidadãos, seja ele empreendedor ou não; no caso do empreendedor a responsabilidade por esse meio ambiente sadio, é ainda maior.

Conforme Milaré (1999, p. 129) "a palavra princípio tem em sua raiz do latim primum *capere*, que significa "aquele que se toma primeiro", designando início, começo, ponto de partida".

Já para Alexy (2014, p. 87), "princípios são 'mandamentos de otimização' que ordenam que algo, segundo suas possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizado na maior medida possível, em consequência, seu cumprimento pode ser verificado em graus diferenciados.

Assim, verifica-se que os Princípios possuem força vinculante e obrigatória, impondo a sua aplicação no ordenamento jurídico. Dentre os princípios mais relevantes destacam-se: Princípio da Prevenção, Principio da Participação, Principio do Poluidor Pagador; Principio da Informação/Educação;

Os Princípios de Direito Ambiental foram instituídos pela Convenção Internacional de Meio Ambiente, ocorrida em Estocolmo no ano de 1972 e depois foram aperfeiçoados pela Convenção Internacional de Meio Ambiente, a Rio/92, ocorrida na cidade do Rio de janeiro, em 1.992.

No tocante ao Princípio da Prevenção, este será aplicado quando houver certeza científica em torno da ameaça de danos sérios. Exemplo: os ambientes de trabalho insalubres e perigosos. Nesses locais já se sabe que a atividade laboral é complexa e que trará prejuízos à saúde do trabalhador, devendo ele, obrigatoriamente, utilizar-se de equipamentos de proteção Individual, que deve ser fornecido pelo empregador.

Já o Princíipio da Participação**,** Principio 10 da ECO/92 está em consonância com o Art. 225 CF/88 que estabelece que "é dever da coletividade preservar o meio ambiente, participar na elaboração das leis e políticas públicas. Por exemplo: os empregados, através de sindicatos (CCT e ACT) participam na produção de normas para o ambiente do trabalho**.**

O Princípio da Obrigatoriedade da Intervenção Estatal, que atribui ao Poder Público a obrigação de defender o meio ambiente, também é bastante relevante (art. 225, CF/88).

O Princípio da Participação é o de nº 10 da ECO/92: Art. 225 CF/88: "é dever da coletividade preservar o meio ambiente, participar na elaboração das leis e políticas públicas. Exemplo: os empregados, através de sindicatos (CCT e ACT) participam na produção de normas para o ambiente do trabalho.

Já o Princípio do Poluidor-Pagador - busca evitar a ocorrência de danos ambientais, sob a ótica de caráter preventivo e ocorrido o dano, visa a sua reparação, sob a ótica de caráter repressivo (artigo 3°, IV, PNMA). Assim, o empregador que não oferecer um ambiente de trabalho saudável e causar acidente, será obrigado a indenizar pelo prejuízo que causou. O Seguro acidente de trabalho, não excluirá sua obrigação de indenizar a poluição que causou.

Além dos Princípios Internacionais do meio Ambiente, aplicados ao meio ambiente do trabalho, ainda temos diretivas da OIT - Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1919), tais como: "o meio ambiente do trabalho é parte integrante do meio ambiente como um todo; as melhorias no meio ambiente de trabalho elevarão as qualidades do meio ambiente em geral" (1988, Conferência de Genebra); b) Convenções em matéria de saúde do trabalhador (12, 16, 42, 113, 115, 119, 120, 124, 127, 134, 136, 139, 148, 152, 155, 161, 162, 163, 164, 170, 174, 177), e em especial, a Convenção n. 148 e n. 155, sobre meio ambiente do trabalho.

A Convenção 155 OIT (vigência nacional 18.05.1993) estabelece que:

> Art. 3 (e) "o termo saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde (...)"•
>
> Art. 4 "Todo membro deverá (...) por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente do trabalho"•
>
> Art. 8 "Todo membro deverá adotar, por via legislativa ou regulamentar ou por qualquer outro método de acordo com as condições e a prática nacionais (...) as medidas necessárias para tornar efetivo o artigo 4 da presente Convenção".

É importante destacar que a Súmula 736 do Supremo Tribunal Federal estabeleceu a competência da Justiça do Trabalho para quantificar e julgar o dano ambiental laboral:

> Sum. 736. Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

O Dano ambiental do trabalho pode ser compreendido, também, através da Lei n° 6.938/81, Art. 3 (III), quando define poluição: "degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente : a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população".

Com efeito, a problemática das doenças profissionais (produzida ou desencadeada pelo exercício peculiar a determinada atividade – tecnopatia) pode ser enquadrada como degradação ambiental. De igual forma, a exposição intensa a agentes químicos pode causar efeitos neurológicos (chumbo e o mercúrio); defeitos orgânicos (cádmio e chumbo); e até a morte (hidrogênio sulfídrico); anilina (irritante para os olhos, danos à córnea); arsênico (angiossarcoma do fígado, câncer de pele); benzeno (leucemia); berílio (pneumonias e edema pulmonar); monóxido de carbono (pode causar morte); carbono tetraclorídrico (depressões no sistema nervoso central e sistemas gastrointestinais); dióxido sulfídrico (doenças respiratórias); ruído excessivo pode causar surdez profissional.

Ainda no âmbito do dano ambiental laboral, vamos encontrar normas protetivas e preventivas a esse dano, no tocante aos trabalhadores da Engenharia genética. O patrimônio genético está relacionado com a engenharia genética que manipula as moléculas de ADN/ARN recombinante originando a produção de transgênicos (OGM), a fertilização "in vitro", as células tronco, etc. Está tutelado imediatamente pela CF/88:

> Art. 225 (...) omissis
>
> V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

A Lei nº 11.105/2005 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, cultivo, produção, manipulação, transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e descarte de organismos geneticamente modificados (OGM), tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção da vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como a observação do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Esta lei criou a CTNBio - Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - que é responsável pelo trato da matéria ligada à Biossegurança, no tocante às pesquisas que envolvam organismos geneticamente modificados e à proposição da Política Nacional de Biossegurança. É a responsável para analisar e liberar as atividades com OGM. A Classificação dos grupos de risco (IN 7 da CTNBio) é NB (Nível de Biossegurança):

NB1 – normas para manipulação de agentes biológicos que representam baixo risco individual e para a comunidade – microorganismos que normalmente não causam doenças em seres humanos ou em animais de laboratórios sadios.

NB2 – normas para manipulação de agentes biológicos que representam risco individual de agentes biológicos que representam risco moderado e risco limitado para a comunidade - microorganismos capazes de causar doenças em seres humanos e animais de laboratório sem apresentar risco grave ao trabalhador, à comunidade ou ao ambiente. Possuem tratamento efetivo e medidas preventivas disponíveis de risco de disseminação pequeno.

NB3 - normas de manipulação de agentes biológicos que representam elevado risco individual e risco limitado para a comunidade – microorganismos que geralmente causam doenças em seres humanos e/ou animais, ou ainda, resultam em sérias consequências econômicas, com risco pequeno de disseminação por contato individuais, existindo tratamento antimicrobiano ou antiparasitário.

NB4 – normas para manipulação de agentes biológicos que representam elevado risco para a comunidade – são normas para o trabalho com microorganismos que causam doenças graves ou são letais para seres humanos e animais, de transmissão fácil por contatos individuais causais.

Pois bem, diante desse complexo quadro que é o dano ambiental laboral, e diante da necessidade de se manter um ambiente de trabalho digno e saudável, sem causar dano ao trabalhador ou ao meio ambiente, é necessário que todos os segmentos da sociedade (empregador e Estado) tome medidas precautivas.

As precauções representam um conjunto de medidas de controle de infecção, para serem adotadas universalmente, como forma eficaz de redução do risco ocupacional e de transmissão de microorganismos no serviço de saúde. As precauções universais incluem : a) uso de barreira ou EPI; b) Prevenção da exposição a sangue e fluídos corpóreos; c) prevenção de acidentes com instrumentos perfurocortantes ; d) manejo adequado dos acidentes de trabalho que envolvam a exposição a sangue e fluidos orgânicos; e) manejo adequado de procedimentos de descontaminação e do destino de dejetos e resíduos nos serviços de saúde; f) Constituição de Comissão de Meio Ambiente e Saúde (transformação da estrutura das CIPAs) e atuação das entidades sindicais "reivindicação de qualidade

de vida no trabalho"; g) Convenções coletivas; h) utilização de Medidas judiciais, através da aplicação da Lei de Crimes Ambientais também pode se constituir em instrumental para garantia do meio ambiente do trabalho saudável.

Dessa forma, pode-se verificar que o meio ambiente do trabalho é um meio ambiente artificial, modificado pelo homem, e que sofre constantes transformações no curso das atividades cotidianas.

Assim, deve-se ter muito cuidado para que o desenvolvimento dessas atividades, que indiquem ação ou omissão, não gere prejuízos aos trabalhadores, pois se o meio ambiente laboral estiver adoecido, ou em desconformidade com a legislação, surgirá para o empregador a obrigação de eliminar e/ou indenizar o dano gerado.

5. Conclusão

A problemática que estimulou essa pesquisa foi a inquietação em relação ao crescente nº de acidentes ocorridos no meio ambiente laboral, que nos instigou a verificar se haveria instrumento jurídico eficaz para inibir tais danos. Os objetivos da pesquisa foram cumpridos à medida em que se analisou a legislação nacional e internacional, tanto no âmbito constitucional como infra-constitucional, bem como em Diretivas da OIT e regras administrativas.

A conclusão a que se chegou foi a de que o Brasil possui normas importantes, tanto a nível infra como a nível constitucional, sobre a proteção ao meio ambiente do Trabalho. Essas normas são revestidas de força cogente, já sendo sido regulamentadas por outras normas e, portanto, eficazes na proteção do meio ambiente laboral e deveriam estar gerando resultados para se evitar o dano ambiental laboral.

Nesse sentido, a vítima do dano ambiental laboral tem proteção legal no texto constitucional e no âmbito do código civil, seja o dano material, moral ou psicológico, há instrumento jurídica apto a condenar o infrator a reparar o dano, qualquer que seja ele.

Entretanto, o que ainda não conseguimos é que a aplicação/fiscalização, pelo executivo, seja adequada e eficaz para inibir o agente causador do dano: seja por uma fiscalização frágil, seja porque as penalidades não se efetivam o bastante e o necessário para inibir as condutas danosas, o que acaba por estimular a produção do dano, pelo agente empregador, porque sai mais barato para ele provocar o dano do que evitá-lo.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Org., trad. e est. Int. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BRASIL. *CLT – Decreto Lei n° 13.467/1943. Consolidação das Leis Trabalhistas*. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1943.

BRASIL, *Lei n° 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente*. Congresso Nacional, Brasília, 1981.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do*. Congresso nacional, Brasília, 1.988.

BRASIL. *Lei n° 9.795/1999. Dispõe sobre a Política Nacional de Educação Ambiental*. Congresso Nacional, Brasília, 1999.

BRASIL, Código Civil – lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Congresso Nacional, Brasília: 2002.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: um direito adulto*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Ano 4, n. 15, jul./set. 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PASSOS, Ana Beatriz da Motta. *Responsabilidade da Administração Pública por Danos Ambientais Decorrentes de Condutas Omissivas*. Dissertação de mestrado: Universidade do Estado do Amazonas, Manaus/AM: 2012

POZZETTI, Valmir César. *DIREITO EMPRESARIAL E A NATUREZA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO*. Revista Juridica Unicuritiba. Vol. 02, n°. 43, Curitiba, 2016. pp. 159-184

POZZETTI, Valmir César; SOLEDADE, André Oliveira da. *A Educação Ambiental no contexto do Estado Democrático de Direito*. In: Coleção Caminhos metodológicos do Direito – Proposições Crítico-Reflexivas sobre o Direito à Educação na Sociedade Contemporânea. Org. COSTA, Fabrício Veiga; MOOTTA, Ivan Dias da.; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. Maringá/PR, IDM Editora, 2017.

POZZETTI, Valmir César; SANTOS, Ulisses Arjan Cruz. *EDUCAÇÃO AMBIENTAL: INSTRUMENTO PARA A REDUÇÃO DE ACIDENTES LABORAIS NO PÓLO INDUSTRIAL DE MANAUS E SUSTENTABILIDADE DA AMAZÔNIA*. ANAIS do V Congresso Internacional de Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Disponível in <http://domhelder.edu.br/revista/index.php/congressodireitoambiental/article/view/1367/24656>, consultado em 09 dez. 2018.

ROCHA, Júlio César de Sá da. *Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

Dano decorrente de intervenção estatal no domínio econômico:

a responsabilidade do Estado em caso de tabelamento de preços

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho[1]

1. Introdução

O presente artigo busca analisar a responsabilidade do Estado por dano decorrente de sua intervenção indireta no domínio econômico que se efetive na forma de tabelamento de preços.

Para a melhor compreensão do referido tema, será estudado o fenômeno do intervencionismo estatal na economia, com ênfase nas suas modalidades, discorrendo-se, de modo especial, sobre o controle de preços do mercado.

Em seguida, passa-se à análise das teorias acerca da responsabilidade extracontratual do Estado para, ao final, examinar os contornos de tal responsabilização no caso específico de dano provocado por tabelamento estatal de preços.

2. A intervenção estatal no domínio econômico

A análise do fenômeno da intervenção do Estado na economia impõe prévia distinção entre o campo das atividades privadas e o campo das atividades estatais.

A vida social – assim considerado o conjunto de atividades desenvolvidas em uma sociedade – é formada pela união de dois setores, cujos contornos são delineados pela Constituição Federal: o campo estatal e o

---

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD-UFAM), da qual é o atual Diretor. Procurador do Estado do Amazonas. Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da Secretaria de Fazenda do Estado do Amazonas. Advogado.

campo privado[2]. Ressalte-se que é matéria constitucional a definição do espaço público e do privado, cabendo apenas residualmente ao legislador infraconstitucional excepcionar essa ordem estabelecida[3].

O Estado desenvolve apenas as atividades que a ordem pública expressamente lhe atribui, estando proibido de fazer o que a Constituição ou as leis não autorizam de modo explícito. São os casos, por exemplo, exploração da *navegação aérea* (art. 21, inciso XII, alínea *c*) e do serviço de *correio* (art. 21, inciso X).

O campo privado, por sua vez, é constituído pelas atividades próprias dos particulares, as quais, por sua vez, dividem-se em duas categorias: (i) as conferidas expressamente aos indivíduos pela Constituição como um *direito subjetivo* e (ii) as que, *não tendo sido atribuídas com exclusividade ao Estado*, lhes são facultadas.

Como exemplos da segunda hipótese temos a *educação* e a *saúde*, que são deveres do Estado (arts. 196 e 205, CF), mas que são livres à iniciativa privada (arts. 199, *caput*, e 209, CF).

Da primeira hipótese são exemplos o exercício de *trabalho, ofício ou profissão* (art. 5°, XIII, CF) e a exploração de *atividade econômica* (art. 170, parágrafo único, CF)[4].

O domínio das atividades econômicas é, pois, regido pela ideia de livre iniciativa (art. 170, *caput*, CF), sendo, por conseguinte, livre aos particulares e vedado, ressalvadas as hipóteses constitucionalmente previstas, ao Estado, que somente poderá nele intervir *em caráter excepcional*.

A intervenção do Estado no domínio econômico pode ser definida como o conjunto de atividades estatais sobre o segmento econômico, que é próprio da iniciativa privada[5], visando os fins traçados pela Constituição[6]

---

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 596.

[3] Nesse sentido: AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 124.

[4] SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 75.

[5] FRIEDE, Reis. *Lições objetivas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 222.

[6] A parte final do conceito exposto evidencia o caráter *instrumental* da intervenção do Estado no domínio econômico, pois tal atuação não é um fim em si mesmo, mas apenas meio para o alcance dos objetivos constitucionais. Nesse sentido: SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (coord.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 62 e 86.

e utilizando-se, legítima e razoavelmente, dos instrumentos e mecanismos postos à disposição estatal pelo Texto Constitucional[7].

Note-se que toda intervenção estatal é expressiva de uma atuação do Estado[8]. No entanto, a recíproca não é verdadeira, pois *nem toda atuação estatal pode ser considerada intervenção*, na medida em que este último vocábulo expressa precisamente "atuação na esfera de outrem"[9]. Diz-se ocorrer intervenção "quando alguém ou algo invade espaço que, segundo determinada ordem, não lhe pertence, porquanto é ou está reservado a outrem"[10].

Assim, por exemplo, quando o Estado presta serviço público (art. 175, CF), não pratica ato de intervenção, pois atua, no caso, em área de sua própria titularidade. Em tal situação não há que se falar em intervenção estatal no domínio próprio do Estado, em face do absoluto controle estatal sobre o referido segmento[11].

3. A classificação das modalidades de intervenção estatal na economia

Não há unanimidade entre os doutrinadores quanto à classificação das modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico.

---

[7] Observa Horácio Augusto Mendes de Souza que "não basta o Estado se utilizar dos meios e instrumentos constitucionalmente postos à sua disposição, nos estritos limites da *legalidade*, devendo a implementação das técnicas de intervenção estatal no domínio econômico se dar de forma a atender o interesse público concretamente apresentado, portanto, *legitimamente*, e de forma *razoável*, onde os meios e as técnicas a serem utilizadas pelo Poder Público sejam realmente idôneos aos fins pretendidos pela Constituição e pelas Leis, pois só assim se estará dando real e efetivo cumprimento ao princípio referido" (A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. Ob. cit., p. 49-50).

[8] SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 321.

[9] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988:* interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 158. A expressão "intervenção", como ressalta Washington Peluso Albino de Souza, revela o caráter excepcional de que se reveste tal atuação estatal: "ao se falar em 'intervenção', conserva-se o princípio ideológico 'liberal' da abstenção do Estado em termos de ação econômica direta, admitindo-se a 'exceção' de que possa 'atuar', portanto 'intervir', em determinadas circunstâncias" (*Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 321).

[10] PONTES, Helenilson Cunha. Contribuições de intervenção no domínio econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2002, p. 377.

[11] FRIEDE, Reis. Ob. cit., p. 223.

Alguns autores[12] dividem a intervenção estatal na economia em (i) *direta*, onde se destaca a atuação do Estado empresário, e (ii) *indireta*, que se realiza por meio da regulação da economia[13].

Segundo Eros Roberto Grau, as políticas públicas econômicas[14] se exprimem em três modalidades de intervenção: (i) por *absorção* ou *participação*, (ii) por *direção*, e (ii) por *indução*[15].

Na primeira, o Estado atua *no* processo econômico, isto é, como agente da atividade econômica, enquanto as outras duas consubstanciam

---

[12] Nesse sentido, na doutrina portuguesa: VAZ, Manuel Afonso. *Direito económico:* a ordem econômica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 172; MONCADA, Luis. S. Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 36-38. Este último autor, contudo, faz referência a outras classificações (Ob. cit., p. 32-36). Entre os doutrinadores brasileiros que adotam tal esquema classificatório, podem ser citados os seguintes: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 244; SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 333; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 456; BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção curso & concurso), p. 173.

[13] Confira-se, nesse sentido, o seguinte julgado do STF: **"A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção *direta* ou *indireta*, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários"** (ADI 1923/DF, Rel. p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Pleno, j. em 16.04.2015, *DJe*-254 divulg. 16.12.2015 public. 17.12.2015) **(destaques nossos).**

[14] Segundo Eros Roberto Grau, a expressão *políticas públicas* "designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social" (*O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 22). Essas políticas, como esclarece o mesmo "não se reduzem à categoria das *políticas econômicas*; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (*políticas sociais*)" (Ob. cit., p. 22). Na definição de Cristiane Derani, *políticas* "são atos oriundos das relações de força na sociedade" e são chamadas de *públicas* "quando estas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais existentes" (*Privatização e serviços públicos:* as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 239). Política econômica, por sua vez, "é o conjunto de medidas postas em prática para atender a objetivos econômicos" (ASSUMPÇÃO, Bruno Gomes de. Alguns aspectos da intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista do Curso de Direito* (da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – AEUDF; Instituto de Ciências Sociais – ICS). v. 2, n. 1, jan.-jun./2001, Brasília: AEUDF, p. 113).

[15] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988:* interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 123 e 158-159. No mesmo sentido: SOUZA, Neomésio José de. *Intervencionismo e direito:* uma abordagem das repercussões. Rio de Janeiro: Aide, 1984, p. 60; SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 104-105.

atuação dele *sobre* o processo econômico, ressaltando ressaltam a função ordenadora que o Poder Público desempenha sobre a vida econômica[16].

Considerando que a diversidade de classificações existentes na doutrina decorre de discordâncias terminológicas entre os autores – também acontecendo de, por vezes, estes mesmo doutrinadores englobarem em uma única categoria aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados –, adota-se, neste trabalho, a que divide a intervenção do Estado na economia em *direta* e *indireta*, sendo a primeira desdobrada em intervenção *por participação* e *por absorção* e a segunda, em intervenção *por direção* e *por indução*.

3.1. Intervenção direta por participação

Na intervenção direta, o Estado assume o papel de agente da atividade econômica[17], isto é, de *empresário*.

A intervenção estatal, nesse caso, não é como agente normativo, impondo regras de conduta à vida econômica, mas como elemento de atuação no próprio processo econômico, materializando-se com o desempenho pelo Estado de atividades de natureza econômica.

A intervenção direta do Estado na economia pode ocorrer em concorrência com a iniciativa privada ou em caráter monopolizador de determinadas atividades econômicas. No primeiro caso, temos a chamada intervenção *por participação* e, no segundo, a denominada intervenção *por absorção*[18].

A *intervenção direta por participação* – que pode ser chamada, ainda, de intervenção concorrencial[19], competitiva[20] ou não monopolística[21] –,

---

[16] GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 65.

[17] MONCADA, Luis. S. Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 36; VAZ, Manuel Afonso. *Direito económico:* a ordem econômica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 172.

[18] Consoante leciona Paulo Roberto Lyrio Pimenta, o que diferencia a intervenção monopolística da não-monopolística "é o nível de restrição aos princípios que integram a base da ordem econômica" (*Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 39).

[19] BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito público:* estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 159 e 241; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 365-366.

[20] TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 249.

[21] FAGUNDES, Seabra *apud* SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 333. Na terminologia de José Afonso da Silva, tal modalidade de exploração direta da atividade econômica pelo Estado

encontra fundamento no *caput* do art. 173 da Constituição Federal, assim redigido: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

Portanto, *ressalvados os casos de monopólio* (que se encontram expressamente indicados na Constituição), a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será admitida quando justificada pela *segurança nacional* (por exemplo, fabricação de armamentos, essenciais à defesa nacional) ou por *relevante interesse coletivo* (por exemplo, fabricação de remédios para combater epidemias), conforme definidos em lei[22].

3.2. Intervenção direta por absorção

A *intervenção direta por absorção* – que pode ser chamada, ainda, de intervenção monopolista[23] ou monopolística[24] – ocorre quando o Esta-

---

é chamada de "necessária" (*Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 778).

[22] Entendemos que a lei a que se refere o *caput* do art. 173 da Constituição é *ordinária* (art. 59, inciso III, CF), tendo em vista que o Texto Constitucional não contém qualquer disposição afirmando o contrário (art. 47, CF). Em sentido contrário, entendendo ser necessária a edição de lei complementar para regulamentar o dispositivo constitucional em questão: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 593-594; SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (coord.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 83-84. Discorrendo acerca da regulamentação do dispositivo constitucional em questão, leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto: "Partindo-se do princípio cardeal, já examinado, de que toda ingerência do Estado na economia passou a ser inconstitucional na nova ordem, *salvo* nas exceções expressamente contempladas na Carta, decorre que a definição infraconstitucional das modalidades pendentes de regulamentação é matéria de exclusivo interesse do Estado, enquanto instituição política interventora, e não da sociedade, como agente natural da economia" (grifo no original). E conclui o autor citado: "É preciso portanto, ter-se em mente que nem toda omissão em regulamentar a Constituição será uma omissão inconstitucional" (*Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: APEC, 1989, p. 79).

[23] BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito público:* estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 159 e 241; TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 253; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 365-366. O último autor citado, em outra obra, emprega a expressão "intervenção monopolística" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: APEC, 1989, p. 31).

[24] FAGUNDES, Seabra *apud* SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 333.

do assume o controle de determinada atividade econômica, *excluindo a participação da iniciativa privada no referido segmento*[25].

Dito de outro modo, tal modalidade interventiva se caracteriza pelo fato de o Estado desempenhar uma dada atividade econômica em caráter de *exclusividade*, isto é, sem concorrer com os particulares[26]. No monopólio – palavra originada da Grécia: *monus* (só) e *poelin* (vender)[27] – é suprimida uma atividade do regime da livre iniciativa, abolindo-se, de igual modo, a livre concorrência[28].

As Constituições que antecederam a de 1988 (com exceção da de 1937) já admitiam, de modo expresso, a intervenção por absorção de determinadas atividades econômicas, mas não esclareciam, contudo, quais os segmentos que admitiam o monopólio estatal: cabia, então, ao legislador infraconstitucional definir os campos em que se daria o monopólio público[29].

Na Carta vigente, o próprio Constituinte já elencou os setores que, devido à sua relevância, não admitem a participação da iniciativa privada. É o caso, por exemplo, do art. 177 da CF, que enumera os casos de monopólio da União[30].

---

[25] Como bem observa Cristiane Derani, excluir a concorrência ou restringi-la "é aceitável para realização de missão de interesse coletivo" (*Privatização e serviços públicos:* as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 213).

[26] No entender de José Artur Lima Gonçalves, a conotação técnica do instituto da intervenção não comporta a atuação da União em atividades a ela própria reservadas (p. ex., art. 177, CF), "ao menos enquanto não deferidas a particulares, por meio dos institutos próprios da concessão, autorização ou permissão" (Contribuições de intervenção. In: ROCHA,Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário.* 7° v. São Paulo: Dialética, 2003, p. 293).

[27] PACIULLI, José. *Direito financeiro.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 82.

[28] Nesse sentido: BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção curso & concurso), p. 177; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 560.

[29] CF/1934, art. 116; CF/1946, art. 146; CF/1967, art. 157, § 8° (redação original) e art. 163, *caput* (na redação dada pela EC 1/1969).

[30] Além do art. 177, também pode ser citado o art. 25, § 2°, da CF/1988, que consagra o monopólio estadual da distribuição de gás canalizado. Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 561. Referido autor observa que a referência a "concessão", no dispositivo constitucional citado, induz à existência de um serviço público, entendimento que, todavia, é incorreto: "O fornecimento de gás é uma atividade econômica em sentido próprio. Ninguém tem um direito fundamental a ser satisfeito mediante o fornecimento de gás, muito menos de gás canalizado" (Ob. cit. p. 561). Há, todavia, quem entenda que, no Brasil, somente a União pode monopolizar atividades econômicas. Nesse

3.3. Intervenção indireta por indução

A intervenção indireta ocorre quando o Estado adota medidas de caráter fiscalizador ou de estímulo/desestímulo relativamente às atividades desenvolvidas pelas empresas privadas ou mesmo públicas[31].

A intervenção estatal, nesse caso, não se dá como agente econômico, mas como *agente normativo e regulador* da atividade econômica, impondo regras de conduta à vida econômica[32]. O Estado, na intervenção indireta, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, visando orientar tais comportamentos em direções socialmente desejáveis[33].

No Direito brasileiro, a intervenção indireta do Estado no domínio econômico encontra previsão genérica no *caput* do art. 174 da Constituição Federal, assim redigido: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado"[34].

A intervenção indireta do Estado no domínio econômico divide-se em intervenção *por direção* ou *por indução*, conforme haja ou não coercibilidade nas regras de conduta impostas pelo Estado.

A *intervenção indireta por indução* se dá através de atividades estatais indutoras de comportamento. Dito de outro modo, materializa-se tal modalidade interventiva quando o Estado edita normas *destituídas de compulsoriedade* através das quais impulsiona medidas de *fomento* ou de

---

sentido: AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico:* do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006, p. 302.

[31] MONCADA, Luis. S. Cabral de. *Direito económico.* 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 37 e 184.

[32] Como bem observa Cabral de Moncada, "a intervenção indirecta do Estado limita-se a condicionar, a partir de fora, a actividade econômica privada, sem que o Estado assuma a posição de sujeito econômico activo" (Ob. cit., p. 37).

[33] ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 295; SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 225.

[34] No que tange ao planejamento, leciona Alysson Leandro Mascaro, "o direito tem um papel de diretriz em relação à economia. Assim sendo, a intervenção do Estado na economia não se perfaz apenas no sentido reativo ou policial do direito, mas no sentido político, como propositor do futuro" (Estado, direito e dinheiro: técnicas de intervenção no domínio econômico. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *Filosofia e teoria geral do direito*: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 178).

dissuasão, estimulando (incentivando, promovendo) determinadas atividades econômicas ou desestimulando (coibindo) outras[35].

Ao destinatário das normas indutoras resta aberta a alternativa de não se deixar por elas seduzir, deixando de aderir às prescrições nelas veiculadas[36].

A intervenção por indução materializa-se, basicamente, por meio da *extrafiscalidade tributária*.

É o caso, por exemplo, da majoração do Imposto de Importação (II) pelo Poder Executivo (art. 153, § 1°, CF), com o fim de obstaculizar as operações de importação, que visa satisfazer diretamente o interesse público de proteção à indústria nacional.

É tão evidente o caráter extrafiscal do Imposto de Importação, que a referida exação (assim como a do IPI, do IE e do IOF) escapa à aplicação dos princípios da anterioridade tributária (art. 150, § 1°, CF) e da legalidade tributária (art. 153, § 1°, CF), com o intuito de evitar que venha a perder parcela da flexibilidade que caracteriza um imposto extrafiscal[37].

3.4. *Intervenção indireta por direção*

A *intervenção indireta por direção* ocorre quando o Estado passa a exercer pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica.

Caracteriza-se, portanto, a referida modalidade interventiva pela imposição de *normas cogentes* para os agentes econômicos[38]. Nesse caso, o descumprimento das normas impostas pelo Estado acarretará uma sanção jurídica[39].

O fundamento da intervenção por direção é o fato da livre concorrência (art. 170, IV, CF/1988) não ser a "faculdade de cada um fazer o que quiser", consoante leciona Raimundo Bezerra Falcão, pois "o em-

---

[35] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 242.

[36] RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *Direito econômico*. Brasília: Fortium, 2005, p. 144.

[37] FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 269.

[38] Por esta razão, Paulo Roberto Lyrio Pimenta denomina tal modalidade interventiva de "intervenção-coação" (*Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 41).

[39] SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 106.

presário pode e deve ser livre, *desde que seja capaz de utilizar essa liberdade no proveito social* (...)" (destaque nosso)[40].

A intervenção por direção, em razão de impor restrições à liberdade individual, pode ser considerada uma manifestação do *poder de polícia*[41].

Justamente em razão de impor restrições à liberdade individual, a legitimidade dessa modalidade de intervenção estatal, como nota Fábio Konder Comparato, "dependerá sempre do criterioso respeito aos objetivos e princípios fundamentais fixados na Constituição"[42].

Como exemplo de intervenção indireta por direção temas a *repressão ao abuso do poder econômico*, prevista no § 4º do art. 173 da CF, assim redigido: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros"[43].

Também são exemplos de intervenção indireta por direção o *controle do abastecimento*[44] e o *tabelamento de preços.*

4. O controle estatal de preços

Os preços classificam-se em *privados* – quando originados das condições normais do próprio mercado – e *públicos* – quando estabelecidos unilateralmente pelo poder público, mediante a fixação de tarifa (também conhecida por preço público).

---

[40] FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Ensaios acerca do pensamento jurídico*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180.

[41] MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 115.

[42] COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público:* estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 101.

[43] Andou mal o Constituinte de 1987/1988 ao incluir no art. 173 da Constituição (que trata da intervenção *direta* do Estado da economia) a norma constante do § 4º, que trata da repressão ao abuso do poder econômico, que se apresenta como modalidade de intervenção estatal *indireta*. A razão para tal atitude pode ter sido a de advertir que também o Estado-empresário deva abster-se de práticas caracterizadoras de concorrência desleal, sob pena de sofrer as reprimendas do Estado-regulador (art. 174, CF).

[44] O controle do abastecimento, que visa a manter no mercado consumidor produtos e serviços suficientes para atender à demanda da coletividade, é disciplinado pela Lei Delegada n. 4, de 26.09.1962, que, segundo o STF, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (AI-AgR 268857/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. em 20.02.2001, *DJ* 04.05.2001, p. 11; RE-AgR 392.047/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 03.05.2005, *DJ* 27.05.2005, p. 28; AI-AgR 479.967/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 03.05.2005, *DJ* 27.05.2005, p. 23; AI-AgR 603879/RJ, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, j. em 08.08.2006, *DJ* 08.09.2006, p. 54).

O tabelamento ou controle de preços dá-se em relação aos preços privados e é a modalidade de intervenção do Estado no domínio econômico que consiste na fixação de preços máximos e/ou mínimos em relação a determinado produto ou serviço, na forma e nas condições estabelecidas em lei.

A atuação do Estado mediante o tabelamento de preços faz-se necessária quando o preço formado no mercado, ante a lei da oferta e da procura, não atender ao interesse público.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a ordem econômica brasileira admite o tabelamento de preços, consoante se infere do julgado abaixo, de cuja ementa foi extraído o seguinte trecho:

> A Constituição Federal, no seu art. 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios que indica. No seu art. 174 pontifica que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercera, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Desses dispositivos resulta claro que o Estado pode atuar como agente regulador das atividades econômicas em geral, sobretudo nas de que cuidam as empresas que atuam em um setor absolutamente estratégico, *daí lhe ser lícito estipular os preços que devem ser por elas praticados* (MS 2.887/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Seção, j. em 09.11.1993, *DJ* 13.12.1993, p. 27369) (destaque nosso).

Reconhece Fábio Konder Comparato que o sistema constitucional brasileiro "não retira ao Estado o poder de regulação dos mercados, especialmente por meio do controle de preços", mas adverte que, para que essa restrição ao princípio da liberdade empresarial possa legitimar-se em nome da justiça social, "é indispensável que sejam observadas as exigências inerentes ao sistema de um Estado de Direito democrático, vale dizer, a legalidade, a igualdade e a proporcionalidade"[45].

---

[45] COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público:* estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 115. Consoante leciona Jackson Borges de Araújo, "qualquer que seja o setor da economia escolhido ou recortado pelo legislador para nele intervir mediante *norma jurídica* contida em lei há que se respeitar o princípio da igualdade de tratamento, i.é, tratar os agentes econômicos de conformidade com as suas situações e condições em que se encontram, no sentido de não romper o equilíbrio natural do mercado" (*A responsabilidade civil do Estado por danos causados aos agentes econômicos*. Recife: Bagaço, 1999, p. 39) (destaque no original).

Referida modalidade de intervenção do Estado na economia é disciplinada pela Lei Delegada n. 5, de 26.09.1962, que atualmente rege a matéria[46], pois, segundo o STJ, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988[47].

O tabelamento *por preços máximos* tem fundamento no art. 170, inciso V (segundo o qual a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica) e no art. 173, § 4º (quando prega a repressão ao abuso do poder econômico que vise aumento arbitrário de lucros), ambos da CF/1988. Nesse sentido é a jurisprudência do STF:

> Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros (ADI-QO 319/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 03.03.1993, *DJ* 30.04.1993, p. 7563)

O tabelamento *por preços mínimos* encontra respaldo no § 4º do art. 173 da CF/1988 (quando repudia o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e a eliminação da concorrência)[48].

A interferência do Estado na formação do preço, consoante a jurisprudência do STJ, somente pode ser admitida em *situações excepcionais* de total desordem de um setor de mercado e *por prazo limitado*, sob o risco de macular o modelo concebido pela CF/1988:

---

[46] Além da Lei Delegada n. 5/1962, outras legislações específicas também dispunham sobre tal modalidade interventiva. Era o caso, por exemplo, da Lei n. 4.870, de 01.12.1965, que autorizava o Instituto do Açúcar e do Álcool (IAA) a fixar os preços dos produtos do setor sucro-alcooleiro.

[47] Nesse sentido: REsp 53.053/PE, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª Turma, j. em 05.09.1994, *DJ* 10.10.1994, p. 27130; REsp 83.574/PE, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, j. em 21.03.1996, *DJ* 06.05.1996, p. 14393. Anteriormente à Lei Delegada n. 5/1962, o controle de preços era disciplinado pelo Decreto-Lei n. 9.125, de 04.04.1946.

[48] Segundo Toshio Mukai, a competência para promover o tabelamento de preços é privativa da União (*Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 117). No mesmo sentido: GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 597-598. Para Diogenes Gasparini, enquanto a União não regular o instituto do controle de preços, continua em vigor a Lei Delegada n. 5/1962 e o Decreto n. 51.620/62 (Ob. cit., p. 598).

Ementa: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE DE PRATICAGEM[49]. LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA. FIXAÇÃO DE PREÇOS MÁXIMOS PELA AUTORIDADE MARÍTIMA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA.

(...)

2. Cinge-se a questão à possibilidade de intervenção da autoridade pública na atividade de praticagem, para promover, *de forma ordinária e permanente*, a fixação dos preços máximos a serem pagos na contratação dos serviços em cada zona portuária.

3. Tomando de empréstimo a precisa definição entabulada pela eminente Ministra Eliana Calmon no julgamento do REsp 752.175/RJ, observa-se que o exercício do trabalho de praticagem é regulamentado pela Lei n. 9.537/1997, que, em seu art. 3º, outorga à autoridade marítima a sua implantação e execução, com vista a assegurar a salvaguarda da vida humana e a segurança da navegação, no mar aberto e nas hidrovias, justificando, dessa forma, a intervenção estatal em todas as atividades que digam respeito à navegação.

4. Denota-se, da própria letra dos arts. 12, 13, 14, e 15 da Lei n. 9.537/1997, que se trata de serviço de natureza privada, confiada a particular que preencher os requisitos estabelecidos pela autoridade pública para sua seleção e habilitação, e entregue à livre iniciativa e concorrência.

5. A partir do advento da Lei n. 9.537/1997, foi editado o Decreto n. 2.596/1998, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e *regulamenta a questão dos preços dos serviços de praticagem, salientando a livre concorrência para a sua formação, bem como o caráter excepcional da intervenção da autoridade marítima para os casos em que ameaçada a continuidade do serviço.*

6. Posteriormente, editou-se o Decreto n. 7.860/2012, que criou nova hipótese de intervenção da autoridade pública na formação dos preços dos serviços, *agora de forma permanente e ordinária.*

7. A interpretação sistemática dos dispositivos da Lei n. 9.537/1997, consoante entendimento desta relatoria, só pode conduzir à conclusão de que, *apenas na excepcionalidade, é dada à autoridade marítima a interferência na fixação dos preços dos serviços de*

[49] Sobre a regulamentação do exercício do trabalho de praticagem: STJ, REsp 752.175/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 28.06.2005, *DJ* 22.08.2005, p. 257.

> *praticagem, para que não se cesse ou interrompa o regular andamento das atividades, como bem definiu a lei.*
>
> (...)
>
> 10. O limite de um decreto regulamentar é dar efetividade ou aplicabilidade a uma norma já existente, não lhe sendo possível a ampliação ou restrição de conteúdo, sob pena de ofensa à ordem constitucional.
>
> 11. Recurso especial a que se dá provimento, para restabelecer a ordem concedida na sentença de piso, a fim de determinar que a autoridade impetrada se abstenha de impor limites máximos aos preços do serviço de praticagem prestado por seus associados, ressalvada a hipótese legalmente estabelecida no parágrafo único do art. 14 da Lei n. 9.537/1997. (REsp 1.662.196/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, j. em 19.09.2017, *DJe* 25.09.2017) (destaques nossos)[50]

Conclui-se, pelo exposto, ser inconcebível, no modelo constitucional brasileiro, a intervenção do Estado no controle de preços de forma permanente, como política pública ordinária, em atividade manifestamente entregue à livre iniciativa e concorrência, ainda que definida como essencial.

A respeito do tabelamento, confira-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1°, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6°. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1°, IV; art. 170. II. - *Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.* III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada

---

[50] No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.701.900/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, j. em 21.06.2018, *DJe* 26.06.2018.

em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. - RE conhecido e provido. (RE 422.941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. em 06.12.2005, *DJ* 24.03.2006, p. 55) (destaque nosso)

Como se vê, a jurisprudência do STF é no sentido de que o tabelamento estatal de preços *deve se pautar em valores condizentes com a realidade do setor*, sob pena de apresentar-se como obstáculo ao livre exercício da atividade econômica, configurando, por conseguinte, desrespeito ao princípio da livre iniciativa[51].

5. A Responsabilidade Extracontratual do Estado

Traçados os contornos da intervenção estatal na economia, com destaque àquela que se materializa no tabelamento de preços, analisa-se, a partir de agora, a responsabilidade do Estado e seus limites.

Tradicionalmente, entende-se por *responsabilidade civil* a obrigação que tem todo sujeito de direitos de reparar economicamente os danos por ele causados à esfera juridicamente protegida de outrem.

No caso do Estado, a orientação doutrinária acerca de sua responsabilidade civil tem sido sempre um crescendo em direção à proteção

---

[51] São nesse mesmo sentido os seguintes julgados do STF: RE-AgR 583.992/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 26.05.2009, *DJe*-108 divulg. 10.06.2009 public. 12.06.2009; RE-AgR 588.471/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 23.06.2009, *DJe*-148 divulg. 06.08.2009 public. 07.08.2009; AI-AgR 758.912/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 02.03.2010, *DJe*-050 divulg. 18.03.2010 public. 19.03.2010; AI-AgR 683.098/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 01.06.2010, *DJe*-116 divulg. 24.06.2010 public. 25.06.2010; AI-AgR 752.432/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, j. em 24.08.2010, *DJe*-179 divulg. 23.09.2010 public. 24.09.2010; AI-AgR-ED 683.098/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 24.08.2010, *DJe*-173 divulg. 16.09.2010 public. 17.09.2010; RE-AgR 598.537/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. em 01.02.2011, *DJe*-058 divulg. 28.03.2011 public. 29.03.2011; AI-AgR 832.292/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 22.03.2011, *DJe*-065 divulg. 05.04.2011 public. 06.04.2011; AI-AgR 813.180/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 31.05.2011, *DJe*-113 divulg. 13.06.2011 public. 14.06.2011; AI-AgR 785.110/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 21.06.2011, *DJe*-125 divulg. 30.06.2011 public. 01.07.2011; AI-AgR 753.872/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. em 13.09.2011, *DJe*-194 divulg. 07.10.2011 public. 10.10.2011; RE-AgR 593.909/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. em 13.09.2011, *DJe*-194 divulg. 07.10.2011 public. 10.10.2011.

dos Administrados, tendo evoluído da total irresponsabilidade para a responsabilidade com culpa (fase civilística) e desta para a responsabilidade sem culpa (fase publicística)[52].

5.1. *Teoria da irresponsabilidade*

A mais antiga das concepções teóricas acerca da responsabilidade civil do Estado é a da total irresponsabilidade da Administração (também denominada de teoria feudal, regalista ou regaliana), contemporânea do absolutismo e dos regimes despóticos.

Neste período vigorava a identidade do monarca com o Poder/Estado ("o Estado sou eu") e a autoridade completa do rei devido à máxima da infalibilidade real (*The King can do no wrong*, "o rei nunca erra"). Os soberanos, considerados como emanação da divindade, apenas perante ela respondiam por seus atos.

No século XVIII a soberania de origem divina foi substituída pela soberania de origem popular. No entanto, os direitos individuais de liberdade e propriedade assegurados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e nas Constituições que a sucederam não dispunham de meios de fazer valer-se quando sua violação decorresse de atuação do próprio Estado.

5.2. *Teorias da responsabilidade*

5.2.1. *Teorias civilistas*

A partir do século XIX, sob a influência do liberalismo, passou-se a admitir a responsabilidade do Estado, fundamentando-se a matéria em teorias civilistas, como a do mandato ou da representação, ou do enriquecimento sem causa, ou, ainda, do abuso de direito, condicionando a responsabilidade estatal à natureza dos atos lesivos praticados pelos seus agentes, ou à situação pessoal dos mesmos.

Adotou-se, então, a doutrina da culpa civil comum – ou teoria subjetivista da responsabilidade –, segundo a qual o Estado equiparava-se ao cidadão em sede de responsabilidade civil e, por isso, deveria reger-se também por princípios do direito privado clássico.

---

[52] Ressalte-se a dificuldade da tentativa de sistematização do processo de evolução da responsabilidade do Estado, tendo em vista o grande número de teorias que têm sido elaboradas, a diversidade de regimes jurídicos adotados para justificá-las dentro de um mesmo direito e, ainda, a divergência da terminologia entre os autores.

Em tal concepção, a obrigação de indenizar da Administração surgia da conjugação de QUATRO fatores: FATO + DANO + NEXO CAUSAL + CULPA OU DOLO do agente, circunstância que exigia muito do administrado, pois, além do dano, teria que provar a conduta culposa ou dolosa da Administração Pública.

5.2.2. Teorias publicistas

Em razão das peculiaridades da atividade administrativa e do desenvolvimento do Direito Público surgiram as teorias publicistas (ou objetivistas), representadas por três correntes: a da culpa administrativa, a do risco administrativo e a do risco integral.

5.2.2.1. Teoria da culpa administrativa

Pela "teoria da culpa administrativa", que representou o ponto de transição entre as ideias civilistas e a doutrina publicista da responsabilidade do Estado, a Administração é responsável *desde que provada a falta do serviço* (chamada na jurisprudência francesa de *faute du service publique*), aqui entendida como inexistência, mau funcionamento ou retardo do serviço[53].

As tradicionais noções de dolo e culpa do agente (presentes nas teorias civilistas) foram substituídas pelo conceito um pouco menos subjetivo de *falta do serviço da administração*. Continuou utilizando-se, porém, de noções provenientes do direito privado para estabelecer os seus fundamentos, confrontando a relação *servidor público-Estado* com a relação empregador-empregado, ampliando, contudo, a noção de culpa[54].

Do mesmo modo que a doutrina subjetivista (civilista), a teoria da culpa administrativa ainda exigia em demasia da vítima, que, além da lesão injusta, tinha o dever comprovar a falta do serviço.

5.2.2.2. Teoria do risco administrativo

Pela "teoria do risco administrativo" (ou "teoria da responsabilidade objetiva"), que representou a passagem definitiva para o objetivismo na doutrina sobre a responsabilidade civil da Administração, a obrigação de indenização surge tão só da equação: FATO + DANO + NEXO CAUSAL.

---

[53] RAMOS, Carlos Alberto de Moraes. Responsabilidade civil por fato de terceiro. *Revista Jurídica Amazonense*. v. 3. Manaus: PGE/AM-IPAAM, mai.-jul./1999, p. 51.

[54] TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: LED, 1996, p. 51.

Não se indaga mais sobre a intenção do agente ou ocorrência de "falta do serviço" da Administração (a culpa desta é presumida), bastando que a vítima demonstre que a lesão ocorreu sem o seu concurso e adveio de ato administrativo omissivo ou comissivo.

Como nota o professor Carlos Alberto Ramos, esta teoria "arrima-se no risco que a atividade pública gera para as pessoas e na possibilidade de lhes causar dano. Ocorrido o dano ao administrado, todos os membros da comunidade participam para a reparação do dano"[55]. Daí porque o ressarcimento é integralizado por toda a coletividade através do tesouro público. RISCO e SOLIDARIEDADE são, pois, os pilares desta teoria[56].

Embora dispense a prova da culpa da Administração (por presumi-la), a teoria do risco administrativo admite a prova da culpa da vítima para eximir-se da responsabilidade ou atenuá-la, nos casos de culpa exclusiva ou concorrente. Este é o ponto chave que diferencia a teoria do risco administrativo da teoria do risco integral.

5.2.2.3. Teoria do risco integral

Pela "teoria do risco integral", a Administração é sempre culpada e responsável por toda e qualquer lesão à esfera jurídica do particular, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima[57].

No dizer de Marco Antonio Bazhuni, a teoria do risco integral:

> Faz do Estado uma autêntica seguradora da sociedade, pois entende que o Estado deva ser compelido a restaurar o dano praticado, desde que comprovado o nexo de causalidade, entre o dano e o resultado, vale dizer, uma vez constatado o dano e a relação de causalidade, fatal será a responsabilidade do Estado, independentemente da culpa do agente administrativo, ou das circunstâncias subjetivas que envolvem o evento[58].

---

[55] RAMOS, Carlos Alberto de Moraes. Responsabilidade civil por fato de terceiro. *Revista Jurídica Amazonense*. v. 3. Manaus: PGE/AM-IPAAM, mai.-jul./1999, p. 51.

[56] TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: LED, 1996, p. 53.

[57] RAMOS, Carlos Alberto de Moraes. Responsabilidade civil por fato de terceiro. *Revista Jurídica Amazonense*. v. 3. Manaus: PGE/AM-IPAAM, mai.-jul./1999, p. 52. Muitos doutrinadores, entretanto, não fazem distinção entre o risco administrativo e o risco integral, tomando as duas expressões como sinônimas.

[58] BAZHUNI, Marco Antonio. *Da responsabilidade civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 33.

Por ser draconiana, a elaboração teórica do risco integral – preconizada embrionariamente por Duguit – é uma rara exceção nos ordenamentos jurídicos atuais[59].

5.3. Responsabilidade da Administração no direito brasileiro

A Constituição Brasileira de 1988 adotou orientação objetivista do risco administrativo, consoante se infere da leitura do § 6° do art. 37, que assim estabelece:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Como se verifica, as entidades estatais (entes federativos, autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista etc.) e as de direito privado que desempenhem atividade pública (permissionários e concessionários de serviços públicos, por exemplo) estão obrigados a indenizar os danos causados a terceiros por seus agentes[60], independentemente da prova de culpa, que somente é exigida em relação ao agente causador direto do dano. Quanto às pessoas jurídicas de Direito Público (Estado), nenhuma exigência dessa natureza foi feita, bastando, portanto, o FATO, o DANO e a RELAÇÃO DA CAUSALIDADE entre ambos[61].

Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6°, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e esta-

---

[59] No direito brasileiro, como será adiante mencionado, a doutrina tem afirmado que a responsabilidade do Estado, na hipótese de danos nucleares, é fundada na teoria do risco integral, sendo irrelevante a força maior ou o fato de terceiro.

[60] Ao se referir a "agentes", o texto constitucional se refere não só a servidores públicos, mas também a funcionários (ocupantes de função pública), empregados (públicos ou privados com serviços delegados, concedidos ou permitidos), agentes políticos no exercício de funções administrativas e tantos outros executantes de atos e serviços administrativos (FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 178-179; GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 599).

[61] GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 599.

> belecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado[62].

No mesmo sentido:

> Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil **da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417)**[63].

Adota-se, no caso, a "teoria do risco administrativo"[64], pois admite que o Poder Público demonstre a culpa (exclusiva ou concorrente) da vítima para excluir ou atenuar a indenização[65].

Neste sentido é a jurisprudência do STF: "A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito

[62] RE 580252/MS, com repercussão geral reconhecida, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 16.02.2017, *DJe*-204 divulg. 08.09.2017 public. 11.09.2017.

[63] RE 109615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. em 28.05.1996, *DJ* 02.08.1996, p. 25785. No mesmo sentido: RE-AgR 495740/DF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 15.04.2008, *DJe*-152 divulg. 13.08.2009 public. 14.08.2009; ARE-AgR 804147/PE, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 10.06.2014, *DJe*-148 divulg. 31.07.2014 public. 01.08.2014.

[64] RE 272839/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 01.02.2005, *DJ* 08.04.2005, p. 38; RE-AgR 418566/PB, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 26.02.2008, *DJe*-055 divulg. 27.03.2008 public. 28.03.2008; AI-AgR 838889/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 29.03.2011, *DJe*-079 divulg. 28.04.2011 public. 29.04.2011. No mesmo sentido: "A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto paras as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral" (RE 841526/RS, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. em 30.03.2016, *DJe*-159 divulg. 29.07.2016 public. 01.08.2016).

[65] RAMOS, Carlos Alberto de Moraes. Responsabilidade civil por fato de terceiro. *Revista Jurídica Amazonense*. v. 3. Manaus: PGE/AM-IPAAM, mai.-jul./1999, p. 51-52.

privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, é abrandada ou excluída pela culpa da vítima"[66].

Ressalte-se que, consoante já decidiu o STF, a disposição do § 6º do art. 37 da CF:

> Não esgota a matéria relacionada à responsabilidade civil imputável à Administração, pois, em situações especiais de grave risco para a população ou de relevante interesse público, pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade, por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do supramencionado dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária, dividindo os ônus decorrentes dessa extensão com toda a sociedade[67].

Uma exceção à teoria do risco administrativo adotada constitucionalmente é a responsabilização por *risco integral* referente à exploração de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e à lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e derivados, estabelecida no art. 21, inciso XXIII, alínea *d*, da Constituição Federal[68]. Nessa hipótese o dever de ressarcir

---

[66] RE-AgR 234010/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. em 25.06.2002, *DJ* 23.08.2002, p. 92. Este já era o entendimento do STF no sistema constitucional anterior (art. 107 da CF/1967 com redação dada pela EC 1/1969): "A responsabilidade objetiva de pessoa jurídica de direito público, prevista na Constituição Federal, não significa seja o Estado responsável, sempre, por dano causado a terceiro por seus órgãos presentativos. Não se adotou, no sistema jurídico brasileiro, em tema de responsabilidade civil, a teoria do risco integral" (RE 78569/PR, Rel. Min. Firmino Paz, 1ª Turma, j. em 15.09.1981, *DJ* 02.10.1981, p. 9775). No mesmo sentido: RE 68107/SP, Rel. p/ Acórdão: Min. Thompson Flores, 2ª Turma, j. em 04.05.1970, DJ 09.10.1970, p. 4766; RE 91376/SC, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, 1ª Turma, j. em 28.08.1979, *DJ* 14.09.1979, p. 6846; RE 116658/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, j. em 05.12.1989, *DJ* 09.03.1990, p. 1609.

[67] ADI 4976/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, j. em 07.05.2014, *DJe*-213 divulg. 29.10.2014 public. 30.10.2014. Por assim entender, o STF, no referido julgado, declarou a constitucionalidade de dispositivos da Lei n. 12.663, de 05.06.2012 ("Lei Geral da Copa") que previa a **assunção pela União, com sub-rogação de direitos, dos efeitos da responsabilidade civil perante a** Federação Internacional de Futebol – **FIFA por danos em incidentes ou acidentes de segurança:** "Validade do oferecimento pela União, mediante autorização legal, de garantia adicional, de natureza tipicamente securitária, em favor de vítimas de danos incertos decorrentes dos eventos patrocinados pela FIFA, excluídos os prejuízos para os quais a própria entidade organizadora ou mesmo as vítimas tiverem concorrido. Compromisso livre e soberanamente contraído pelo Brasil à época de sua candidatura para sediar a Copa do Mundo FIFA 2014".

[68] Alínea incluída pela Emenda Constitucional n. 49, de 08.02.2006. Anteriormente, disposição com idêntica redação já constava na alínea *c* do mesmo artigo.

do Estado independe de culpa, bastando o liame causal entre atividade e dano, sem possibilidade de interrupção por outra causa mais próxima, e inadmitindo-se qualquer escusa, a afastar o ressarcimento[69].

6. A Responsabilidade Estatal por dano decorrente do tabelamento de preços

O STF, na vigência da Constituição de 1946, já havia decidido que o tabelamento de preços, sendo atividade legitima do Estado, somente em caso de comprovado abuso acarretaria a sua responsabilidade pelo prejuízo dos produtores ou distribuidores[70].

Já na vigência do atual sistema constitucional, o STF teve nova oportunidade de julgar interessante caso envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado em razão de dano provocado por tabelamento de preços.

Para bem compreender referido julgado, faz-se necessário discorrer, ainda que sucintamente, sobre a situação que ensejou o processo no qual foi proferida a decisão.

A União, pelo Instituto do Açúcar e Álcool – IAA, com o escopo de harmonizar a distribuição de bens relevantes nacionalmente como o açúcar e o álcool, deveria fixar preços para o setor sucroalcooleiro, conforme as seguintes diretrizes da Lei n. 4.870, de 01.12.1965:

> Art. 9º O I.A.A., quando do levantamento dos custos de produção agrícola e industrial, apurará, em relação às usinas das regiões Centro-Sul e Norte-Nordeste, as funções custo dos respectivos fatôres de produção, para vigorarem no triênio posterior.
>
> § 1º As funções custo a que se refere êste artigo serão valorizadas anualmente, através de pesquisas contábeis e de outras técnicas complementares, estimados, em cada caso, os fatôres que não possam ser objeto de mensuração física.
>
> § 2º Após o levantamento dos custos estaduais, serão apurados o custo médio nacional ponderado e custos médios regionais ponderados, observados sempre que possível, índices mínimos de produtividade.
>
> § 3º O I.A.A. promoverá, permanentemente, o levantamento de custos de produção, para o conhecimento de suas variações, ficando a cargo do seu órgão especializado a padronização obrigatória da contabilidade das usinas de açúcar.

---

[69] CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 67-68.

[70] RE 52010/SP, Rel. Min. Victor Nunes, Pleno, j. em 31.05.1965, *DJ* 05.08.1965, p. 1863.

Art. 10. O preço da tonelada de cana fornecida às usinas será fixado, para cada Estado, por ocasião do Plano de Safra, tendo-se em vista a apuração dos custos de produção referidos no artigo anterior.

Art. 11. Ao valor básico do pagamento da cana, fixado na forma do artigo anterior, será acrescida a parcela correspondente a percentagem da participação do fornecedor no rendimento industrial situado acima do rendimento médio do Estado, considerado, para êsse fim, o teor de sacarose e pureza da cana que fornecer.

§ 1º A matéria-prima entregue pelo fornecedor com o teor de sacarose na cana e pureza no caldo, inferior ao que fôr fixado pela Comissão Executiva do I.A.A., sofrerá o desconto que êsse órgão estabelecer.

§ 2º Para a fixação dos rendimentos industriais, o I.A.A. tomará em consideração os que forem apurados no triênio imediatamente anterior, tomando-se por base os primeiros cento e cinqüenta dias de moagem.

§ 3º O teor de sacarose e pureza da cana, para os fins de pagamento, será apurado na usina recebedora, podendo os fornecedores ou os seus órgãos de representação manter fiscalização nos respectivos locais de inspeção.

§ 4º A entrega da cana pelo fornecedor, em condições de moagem, far-se-á dentro de (48) quarenta e oito horas do respectivo corte.

§ 5º No caso em que o retardamento da moagem, além do prazo referido no parágrafo anterior, ocorrer por culpa da usina recebedora, será considerado válido o teor máximo de sacarose e pureza da cana do fornecedor, apurado na usina até a data do fornecimento.

§ 6º Não estando a usina habilitada à determinação dos índices de sacarose e pureza de que trata êste artigo, nenhuma dedução poderá ser feita, a êste título, dos fornecedores, até que seja apurada, pelo I.A.A., a existência de condições técnicas adequadas àquele fim.

§ 7º Para os efeitos do § 3º dêste artigo, fica o I.A.A. com podêres para fixar critérios e métodos de apuração do teor de sacarose e pureza contido na cana recebida pelas usinas.

De acordo com os dispositivos legais transcritos, a União estava vinculada aos critérios e determinações ali contidos, quanto ao levantamento dos custos da produção e fixação de preços da cana-de-açúcar e seus derivados.

Para estabelecer os custos, observados os critérios fixados na lei, o IAA contratou a Fundação Getúlio Vargas – FGV para proceder aos levantamentos e apurar os custos de produção do setor sucroalcooleiro.

Ressalte-se que à FGV não cabia fixar o preço a ser praticado pelas usinas, mas apenas levantar os custos de produção. A fixação dos preços era atribuição do IAA, mas, evidentemente, tais preços não poderiam ser fixados abaixo do levantamento de custos realizado.

O governo federal, entretanto, inobservando os padrões legais, fixou os preços do setor em valores insuficientes a cobrir o custo operacional apurado pela FGV.

Em razão do exposto, algumas empresas ajuizaram ações contra a União, para responsabilizá-la pelos prejuízos decorrentes da fixação de preços em desacordo com os critérios previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 4.870/1965.

A matéria foi discutida nos Tribunais, chegando inclusive à Suprema Corte, que assim posicionou-se, em *leading case* com a seguinte ementa:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. - A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. - Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou *danos patrimoniais* ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. - *Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica*. V. - RE conhecido e provido. (RE 422941/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. em 06.12.2005, *DJ* 24.03.2006, p. 55) (destaques nossos)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também se firmou no sentido de que a União tem o dever de indenizar as usinas do setor

sucroalcooleiro que obtiveram prejuízos decorrentes da fixação de preços pelo IAA em desacordo com os custos de produção apurados pela FGV[71].

Como se vê, o tabelamento de preços é atividade legitima do Estado, desde que respeite os princípios constitucionais da ordem econômica (art. 170, CF), notadamente o da livre iniciativa, que também é um os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1°, inciso IV, CF), sob pena de responsabilização estatal, nos termos do § 6° do art. 37 da CF[72].

7. Conclusões

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se, em síntese, que:

a) o tabelamento de preços, enquanto modalidade de intervenção estatal indireta por direção no domínio econômico, apresenta-se como atividade legitima do Estado;

b) a intervenção do Estado no domínio econômico – inclusive mediante o tabelamento de preços – deve respeitar os

---

[71] São neste sentido os seguintes precedentes do STJ: REsp 746301/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, j. em 21.03.2006, *DJ* 23.05.2006, p. 143; REsp 675273/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 11.04.2006, *DJ* 02.08.2006, p. 254; REsp 711961/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 18.05.2006, *DJ* 02.08.2006, p. 255; EDcl no REsp 675273/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. em 05.10.2006, *DJ* 19.10.2006, p. 270; REsp 845424/DF, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. em 19.10.2006, *DJ* 07.11.2006, p. 267; REsp 744077/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 10.10.2006, *DJ* 09.11.2006, p. 256; EDcl no REsp 845424/DF, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª Turma, j. em 07.12.2006, *DJ* 01.02.2007, p. 432; AgRg no REsp 735032/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. em 17.04.2007, *DJ* 10.05.2007, p. 346; REsp 926140/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 01.04.2008, *DJe* 12.05.2008; REsp 771787/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. em 15.04.2008, *DJe* 27.11.2008; AgRg no REsp 944916/PE, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 27.05.2008, *DJe* 05.06.2008; AgRg no REsp 1095285/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. em 17.02.2009, *DJe* 11.03.2009; AgRg no AgRg no REsp 753163/DF, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. em 02.04.2009, *DJe* 27.04.2009; AgRg no Ag 1207618/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 10.08.2010, *DJe* 10.09.2010.

[72] Nesse sentido leciona Jackson Borges de Araújo: "Os prejuízos econômicos impostos aos agentes econômicos em decorrência de regulamentação normativa (lei, decreto, portaria) de suas atividades, desde que cabalmente provado o nexo de causalidade entre a norma jurídica nociva (causa) e a ocorrência de saldo negativo nos balanços da empresa lesada (resultado), devem ser ressarcidos pelo Estado, que é o causador desses danos (...)" (*A responsabilidade civil do Estado por danos causados aos agentes econômicos*. Recife: Bagaço, 1999, p. 40). Para uma análise aprofundada da tese da responsabilidade do Estado pelos danos ocasionados pela condução da política econômica: SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

princípios constitucionais da ordem econômica, dentre eles o da livre iniciativa;

c) a fixação de preços de produtos e serviços pelo Estado deve levar em conta a realidade e a legislação aplicável ao setor econômico;

d) se os preços privados são fixados pelo Estado em níveis insuficientes para cobrir os custos de produção, gerando prejuízos para os integrantes de determinado setor produtivo, daí resulta o dever de indenizar por parte do poder público;

e) para a responsabilidade objetiva do Estado de indenizar deve ser demonstrado o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a ação estatal – de fixar os preços dos produtos comercializados em níveis abaixo do custo de produção –, conforme dispõe o § 6º do art. 37 da CF, que adotou a teoria do risco administrativo.

Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico:* do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

________. *Controle social de serviços públicos.* São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAÚJO, Jackson Borges de. *A responsabilidade civil do Estado por danos causados aos agentes econômicos.* Recife: Bagaço, 1999.

ASSUMPÇÃO, Bruno Gomes de. Alguns aspectos da intervenção do Estado no domínio econômico. *Revista do Curso de Direito* (da Associação de Ensino Unificado do Distrito Federal – AEUDF; Instituto de Ciências Sociais – ICS). v. 2, n. 1, jan.-jun./2001, Brasília: AEUDF.

BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito administrativo.* São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção curso & concurso).

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito público:* estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1997.

BAZHUNI, Marco Antonio. *Da responsabilidade civil do Estado em decorrência de sua atividade administrativa.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público:* estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos:* as ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social.* Rio de Janeiro: Forense, 1981.

________. *Ensaios acerca do pensamento jurídico*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FRIEDE, Reis. *Lições objetivas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 222.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GONÇALVES, José Artur Lima. Contribuições de intervenção. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. 7º v. São Paulo: Dialética, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988:* interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

________. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

________. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MASCARO, Alysson Leandro. Estado, direito e dinheiro: técnicas de intervenção no domínio econômico. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *Filosofia e teoria geral do direito*: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONCADA, Luis. S. Cabral de. *Direito económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

________. *Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: APEC, 1989.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

PACIULLI, José. *Direito financeiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002.

PONTES, Helenilson Cunha. Contribuições de intervenção no domínio econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 2002.

RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *Direito econômico*. Brasília: Fortium, 2005.

RAMOS, Carlos Alberto de Moraes. Responsabilidade civil por fato de terceiro. *Revista Jurídica Amazonense*. v. 3. Manaus: PGE/AM-IPAAM, mai.-jul./1999, p. 39-53.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla C. (coord.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Neomésio José de. *Intervencionismo e direito:* uma abordagem das repercussões. Rio de Janeiro: Aide, 1984.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 75.

TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRUJILLO, Elcio. *Responsabilidade do Estado por ato lícito*. São Paulo: LED, 1996.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito económico:* a ordem econômica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

O dano no jogo do processo e suas múltiplas manifestações:

uma perspectiva analítica

Rafael Sirangelo de Abreu[1]

1. Considerações introdutórias

O exercício das situações jurídicas processuais é empreendimento que, diferentemente do que ocorre na ação desenvolvida pelos sujeitos de direito no plano material, envolve uma estrutura subjetiva, no mínimo, tripartite. Essa estrutura distinta transforma o modo pelo qual o problema do dano deve ser compreendido. Quando se trata de analisar o dano decorrente do processo, é necessário, portanto, considerar as interações entre as partes (ao menos, autor e réu) e o juiz (entendido como sujeito que exerce vontade e como ente que exerce poder – o juízo) como elemento de distinção.

De outro lado, o fato de o processo pressupor (excetuando-se, aqui, em parte, as situações de jurisdição voluntária e de jurisdição constitucional) uma crise de cooperação dos agentes no plano material repercute também na estrutura objetiva das hipóteses de dano decorrente da atuação dos agentes no plano do processo. Se o exercício do direito de ação – compreendido como um plexo de situações jurídicas – assume tendencialmente a forma de exercício de expectativas (situações jurídicas desenvolvidas preponderantemente na forma de atos postulatórios, cujo resultado depende da interação do juízo) e se o exercício da jurisdição – compreendida como atividade voltada a dar tutela aos direitos em dupla perspectiva – assume tendencialmente a forma de exercício de poder-dever por parte do estado (situações jurídicas desenvolvidas preponderantemente na forma de atos vinculados à juridicidade cujos efeitos são imediatos), então a análise do dano decorrente dessa atividade

[1] Advogado e Professor Universitário. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS.

envolve contornos distintos daqueles tradicionalmente tratados quando do enfrentamento do tema no plano material.

É preciso, entretanto, compreender que o processo só pode ser considerado, contemporaneamente, como fenômeno que se desenvolve na realidade prática e cuja estruturação funciona como meio de conformação de comportamentos dos sujeitos nele envolvidos, especialmente da atividade dos sujeitos *parciais,* mas também na do juiz. Em última análise, o caráter processual de conformação de comportamentos – e o resultado dessa conformação no comportamento desempenhado concretamente pelos sujeitos processuais – exige que se compreenda o direito processual como um *sistema de incentivos.* Daí a interface do fenômeno processual com a economia tanto na conformação do ambiente (o "processo") quanto na atividade ("ação" e "defesa"). Relativamente ao problema do dano, é preciso compreender que os mecanismos de reparação e de possibilidade prática de inibição das situações ilícitas potencialmente ensejadoras de reparação funcionam como sinais (como *incentivos*) para que os sujeitos se comportem em conformidade ao que se espera de suas condutas.

Assume-se, assim, o papel que a norma processual tem como *sistema de incentivos* para o agir de cada um dos sujeitos processuais. Em sendo acertada essa forma de *leitura* do processo, ganham grande importância para o estudo do processo os seus *componentes institucional e estratégico.*

Quanto ao componente institucional, duas são as facetas. A primeira, de cunho instrumental. Busca-se dotar o processo de instrumentos metodológicos que sejam adequados a estruturar *adequados incentivos* para que o processo preste tutela de forma tempestiva, adequada e efetiva aos direitos. A segunda, de cunho prático. Busca-se compreender quais as melhores formas de estruturação das posições processuais e de progressão da cadeia procedimental (entendidas como *arranjos institucionais*) para que o processo possa desempenhar adequadamente sua finalidade de tutela dos direitos.

Quanto ao componente estratégico, também duas são as facetas. A primeira, de cunho instrumental. Busca-se dotar o processo de instrumentos metodológicos que sejam adequados a permitir o exercício de *juízos de prognose de ação apurados*, para que os sujeitos parciais possam antever comportamentos dos demais agentes e, assim, obter – na posição de sujeito parcial – melhores resultados na defesa de suas posições. A segunda, de cunho prático. Busca-se compreender quais as melhores formas de desempenho das posições processuais e de progressão da cadeia procedimental (entendidas como *espaços de estratégia*) para que o sujeito parcial obtenha a satisfação de seus interesses.

Tendo por pano de fundos essas premissas de compreensão do fenômeno processual, a título de colaboração para um inventário analítico das situações ensejadoras de dano no ambiente do processo, busca-se estruturar um ponto de partida que conecte uma visão *realista* do processo (como *ambiente institucional de desempenho de estratégias*) às múltiplas manifestações que o dano acaba tendo nesse ambiente e ao papel de conformação de condutas (delimitação de *incentivos*) que as normas processuais têm para a atividade dos sujeitos processuais.

2. O fenômeno do dano e da reparação como realidade inescapável do jogo do processo

2.1. *Processo, litígio, jogo e dano*

Uma vez instaurada a litigiosidade (o conflito regrado pelo direito) com o exercício da liberdade de demandar, reduzem-se os espaços de liberdade postos pelo direito, uma vez que o procedimento e a presença dos demais sujeitos limitam – em maior ou menor medida a depender da intensidade dos deveres previstos em cada sistema processual – a atuação da parte. Entretanto, compreendida a ação como um direito compósito[2], a liberdade do agir projeta-se para o processo nas inúmeras postulações, manifestações e escolhas em geral, em torno da atuação processual[3]. Daí por que se pode compreender o processo como um ambiente permeado por duas características potenciais: competição e estratégia. O elemento competitivo está intimamente ligado à tendencial contraposição de interesses; o elemento estratégico está intimamente ligado à vantagem que cada parte pretende obter com a sua atuação. Ambos os elementos se unem dando forma à dinâmica do processo: o conflito – que enseja a competição – e a liberdade – que abre espaço para a ação estratégica.

As partes dependem da atuação direta do juiz para a obtenção dos resultados pretendidos. Ou seja, as partes dependem inexoravelmente da atuação do juiz (pela via da decisão) para a obtenção da tutela do seu

---

[2] FAZZALARI, Elio (1925-2010). Note in tema di Diritto e Processo. Milano: Giuffrè, 1957, pp. 112-112. Também MANDRIOLI, Crisanto. La rappresentanza nel processo civile. Torino: UTET, 1959, p. 107. No Brasil, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (1942-2013); MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010, pp 139-140 e DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. In: RePro, v. 37, n. 210, , ago. 2012, pp. 41-56.

[3] GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: RePro, vol. 164, Out. 2008, pp. 29-56, item 16 na versão eletrônica.

direito. Já nas relações interpartes, o vínculo existente é meramente instrumental, na medida em que o resultado pretendido – e que será necessariamente reconhecido ou rechaçado pelo juiz – é tão somente influenciado pela atuação estratégica da outra, mas dela não depende[4]. Ocorre que o vínculo instrumental que liga as partes ao juiz é justamente o de permitir, de um lado, o desempenho da conduta autointeressada dos sujeitos parciais (exercício do contraditório), e de outro, um melhor aproveitamento do processo (decisão de mérito). Diversa é a estruturação dos vínculos entre os sujeitos parciais. Tendo em vista que a própria necessidade de um processo judicial já denota a existência de um conflito de interesses não resolvido voluntariamente no plano material, é inerente à estrutura processual a conflituosidade. Cada parte pretende obter a satisfação dos seus interesses não só a despeito, como, também, em sacrifício – total ou parcial – dos interesses da outra[5]. Porém, como o processo é, em essência, um espaço de debate, a atuação de uma parte influencia reflexivamente a atuação da outra parte e a estratégia desempenhada por cada parte é conformada pela expectativa de estratégia da outra[6].

Essa estrutura é muito similar a de um jogo. Foi justamente a partir dessa ênfase no caráter competitivo ("combate regulado pelo direito") do processo que surgiu a conhecida metáfora do "processo como jogo"[7], de caráter bélico[8]. Para Calamandrei, o contraste entre as

---

4 A presente estruturação considera a estrutura típica da conflituosidade. Em eventual autocomposição (por meio da qual se retira do juiz o poder de julgar o mérito, limitando-se seu papel – nem mesmo em todos os casos – à mera homologação) o vínculo é distinto na medida em que há uma necessidade de convergência total das estratégias, sendo o resultado para uma parte totalmente dependente da atuação da contraparte.

5 HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. Legal Ethics: a comparative study. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 64.

6 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 136.

7 CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950. A metáfora do processo como jogo já havia sido objeto de trabalho na Alemanha, no início do século. Infelizmente, não foi possível acesso à obra. OTTO, Hermann. Der Prozeß als Spiel. Desden: A. Dressel Akademische Buchhandlung, 1918. A expressão também aparece, *en passant*, em GOLDSCHMIDT, James (1874-1940). El proceso como situación jurídica. Una crítica al pensamiento procesal (1925). Trad. Jacobo López Barja de Quiroga. Marcial Pons: Madrid, 2015, p. 282.

8 ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (1906-1985). Concepciones Menores Acerca del Proceso (1952). In: Estudios de Teoria General e Historia del Proceso

duas partes faz com que, muitas vezes, no processo conte mais a vitória que a justiça. Por isso, nesses casos, "il processo diventa nient'altro che un *giuoco per vincere*"[9]. A metáfora de Calamandrei é construída a partir da ênfase no contraste existente entre as partes. Afirma o autor que, excluído o juiz – no qual é personificado o interesse superior da justiça, próprio do estado –, todos os sujeitos do processo[10] perseguem *objetivos egoístas* cujo escopo é limitado e "talvolta in contrasto (se pur non confessato) con quello scopo superiore"[11]. Daí por que a decisão que dará fim a essa competição será sempre o resultado de ao menos três forças em jogo (juiz, autor e réu), duas das quais desenvolvendo entre elas uma corrida ou competição concorrida não somente em torno de boas razões, mas inclusive da habilidade técnica para fazê-las valer[12]. Mesmo o reconhecimento do caráter público do processo não afastou o processo dessa alusão ao jogo e ao combate, especialmente na sua terminologia[13]. Não à toa, fala-se em "paridade de armas", direito de "defesa", "sucumbir", entre outras expressões que denotam o caráter *agonístico*[14] do processo.

(1945-1972). T. I. México: UNAM, 1974, p. 443.

[9] CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 26.

[10] A quem chamamos de sujeitos parciais, nesse trabalho.

[11] CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 26.

[12] CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 25.

[13] CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 26.

[14] Interessante observar que a palavra *agonístico* (com pequenas variações nas línguas latinas), cujo significado tem seu sinônimo em competitivo, combativo, tem sua raiz no grego *agôn* (*"ἀγών"*), que servia para designar a representação no teatro grego de um duelo verbal ao mesmo tempo em que denominava um dos *daemones* (divindades) que representava as disputas. A mesma raiz também conforma a palavra *agonia*, que retrata a angústia e o esforço da luta (conforme PRATI, Angelico. Vocabolario Etimologico Italiano. Torino: Garzanti, 1951, p. 21), e as palavras *antagonista* (o contrário do que fala) e *protagonista* (o primeiro que fala). Huizinga encontra ligação entre o litígio e o *agôn* grego (HUIZINGA, Johan (1872-1945). Homo Ludens: a study of the play-element in culture (1944). London: Routledge & Kegan Paul, 1980). Caillois, por sua vez, aponta o *agôn* como um dos elementos do conceito de jogo (CAILLOIS, Roger (1915-1978). Man, Play and Games (1958). Trad. Meyer Barash. Chicago: University of Illinois Press, 2001, p. 12).

O duelo hoje é apenas uma representação alegórica do caráter combativo do "jogo" do processo[15]. Porém, essa representação serve como alegoria para explicar certas características presentes nos processos judiciais. A concepção do processo como jogo pode abrir espaço para uma construção metodológica útil para o processo, ligada à sua representação como um jogo no aspecto matemático e econômico do termo. A utilidade de semelhante sistematização está em se permitir um incremento instrumental na tomada de decisão em ambientes de interações entre diferentes sujeitos, mediante utilização de um marco teórico próprio para esse tipo de problema prático. Trata-se da chamada "teoria dos jogos", disciplina que tem por objeto de análise as situações nas quais mais de um sujeito deve tomar decisões, que, em conjunto, conformam o resultado final[16]. Formalizada pela primeira vez na década de 1940[17], a teoria dos jogos lida com as escolhas que as pessoas fazem ou, melhor, que as pessoas podem

---

[15] Não se trata de uma definição ontológica, mas de uma equiparação de certa forma alegórica (ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, pp. 4-5).

[16] PATRONE, Fioravante. Decisori (razionali) interagenti. Una introduzione alla teoria dei giochi. Pisa: Pisa University Press, 2016, p. 1.

[17] Costuma-se afirmar que a teoria dos jogos tem seu nascimento com a obra de von Neumann e Morgenstern, em 1944 (NEUMANN, John Von (1903-1957); MORGENSTERN, Oskar (1902-1977). Theory of games and economic behavior (1944). 3ª Ed. (1953) Reimp. Princeton: Princeton University Press, 1990). Há algumas formulações anteriores, como em BOREL, Émile (1871-1956). La théorie du jeu et les équations intégrales à noyau symétrique gauche, In: Comptes Rendus de l'Académie des Sciences, vol. 173, 1921, pp. 1304–1308 e NEUMANN, John von (1903-1957). Zur Theorie der Gesellschaftsspiele. In: Mathematische Annalen, vol. 100, 1928, pp. 295-320. A formulação do "equilíbrio para jogos não-cooperativos de estratégia mista" é de NASH, John F. (1928-2015). Equilibrium Points in n-Person Games. In: Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, vol. 36, nº 1, Jan., 1950, pp. 48-49 (posteriormente desenvolvido em NASH, John F. (1928-2015). Non-Cooperative Games. In: The Annals of Mathematics, 2ª series, Vol. 54, nº 2, Sep., 1951, pp. 286-295. O conhecido "dilema do prisioneiro" foi estruturado a partir de ideias de Merrill Flood e Melvin Dresher e, na sua primeira versão, apresentado em palestra em 1950 por Albert W. Tucker. Os três eram pesquisadores da RAND Corporation, instituição sem fins lucrativos que fazia pesquisas para o departamento de defesa estadunidense. Sua primeira aparição escrita está em FLOOD, Merill (1908-1991). Some Experimental Games. In: Rand Corporation Research Memorandum RM-789-1, 1952, posteriomente publicado como FLOOD, Merill (1908-1991). Some experimental games. In: Management Science, vol. 5, nº 1, Oct., 1958, pp. 5-26. Para um inventário da história da teoria dos jogos, ver POUNDSTONE, William. Prisoner's dilemma (1992). New York: Anchor Books, 1993, pp. 37-132.

fazer, em ambientes de interação na tomada de decisão, de modo a obter resultados em equilíbrio para ambos[18]. Comportamentos estratégicos surgem sempre que dois ou mais sujeitos interagem e o resultado depende da decisão tomada por ambos[19]. A teoria dos jogos nada mais é do que um ramo da matemática preocupado com os aspectos formais da tomada de decisão[20], com o problema da escolha entre diferentes alternativas de ação[21]: "game theory is a study of conflict between thoughtful and potentially deceitful opponents"[22]. Trata-se de um enfoque não lúdico, mas estratégico, que "consiste na investigação da estratégia adequada para conseguir o triunfo no jogo, isto é, para ganhar"[23].

De fato, o nome remete a uma concepção lúdica, mas essa não é uma característica da teoria dos jogos. Seu nome deveria refletir melhor o fato de que se trata de uma teoria acerca das interações entre sujeitos. Pode-se dizer que existe um jogo sempre que sujeitos interagem[24]. O uso da expressão jogo se explica, pois na redução dos complicados problemas envolvendo interações sociais e econômicas (dentre as quais o processo é uma delas) aos seus elementos básicos é possível enxergar características de um jogo[25]. A alusão ao jogo destaca o aspecto central da teoria das decisões interdependentes: estratégia e vitória (no sentido geral de maximização de utilidade)[26].

O jogo é um modelo abstrato que tenta representar de forma simples situações estratégicas, explicitando ao menos três elementos essenciais:

---

18 RAIFFA, Howard (1924-2016); LUCE, Duncan (1925-2012). Games and decisions: introduction and critical survey. New York: John Wiley and Sons, 1957, p. 5.

19 BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; PICKER, Randal. Game Theory and the Law (1994). Reimp. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 1.

20 DRESHER, Melvin (1911-1992). Games of strategy: theory and applications. Englewood Cliffs: Pretince-Hall, 1961, p. 1.

21 RAPOPORT, Anatol (1911-2007). Two-person game theory (1966). Reimp. Mineola: Dover publications, 2016, p. 16.

22 POUNDSTONE, William. Prisoner's dilemma (1992). New York: Anchor Books, 1993, p. 6.

23 ROBLES, Gregorio. As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito (1984). Trad. Pollyana Mayer. São Paulo: Noeses, 2011, p. 13.

24 BINMORE, Ken. Game Theory: a very short introduction. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 1.

25 BAIRD, Douglas; GERTNER, Robert; PICKER, Randal. Game Theory and the Law (1994). Reimp. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 7.

26 MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael; GREEN, Jerry. Microeconomic Theory. New York: Oxford University Press, 1995, p. 215.

jogadores, *estratégias* e *recompensas* (*payoffs*). Em jogos mais complicados, também a sequência das ações e as informações de que cada jogador dispõe ao agir[27]. Para a concepção do jogo em situações de interdependência é necessário definir (i) os jogadores (quem está envolvido?); (ii) as regras (quem age quando? Quais informações eles têm quando agem? O que eles podem fazer?) (iii) os resultados (para cada possível arranjo de ações pelos jogadores, qual o resultado do jogo?) e as (iv) recompensas (quais são as preferências, em termos de utilidade, dos jogadores em relação aos possíveis resultados?)[28]. Os *jogadores* são os sujeitos entre si relacionados; as *estratégias* são delimitadas pelos jogadores, de acordo com as *regras* e em função das *preferências*, estruturadas a partir da delimitação das *recompensas*.

Nesse contexto, o sistema de reparação de danos processuais funciona como um conjunto de incentivos muito claro para a conformação dos comportamentos dos sujeitos processuais. O *payoff* (recompensa) de cada ação desenvolvida pelos jogadores, no processo, tem íntima ligação com a existência de (a) imperativos de conduta bem delimitados pelas normas processuais e de (b) precificação e titularidade dos custos de cada ação desenvolvida no processo, inclusive, e aí no que interessa ao presente trabalho, custos de reparação.

A perspectiva do dano no processo é plural. Em uma primeira perspectiva de análise, o dano processual pode ser compreendido como uma consequência direta do desempenho de comportamentos indesejados e, assim, como uma tentativa de blindagem do patrimônio jurídico das partes a condutas contrárias à ordem jurídica, seja pela ilicitude ligada a elementos volitivos (p. ex. art. 186, CC), seja pela ilicitude derivada do exercício disfuncional de posições jurídicas processuais (p. ex. art. 187, CC). Nessa perspectiva, ressai de maneira clara a preocupação no caráter preponderantemente reparatório da noção de dano processual. O processo, em função de comportamentos indesejados desempenhados pelos sujeitos, acaba causando prejuízo juridicamente relevante no patrimônio de um dos sujeitos que, portanto, passa a ser titular do direito à reparação.

É claro que a norma processual, como mecanismo de incentivos a comportamentos, ao previamente estipular certos caminhos de ação, acaba limitando a liberdade dos sujeitos, na medida em que busca também evitar

---

27 NICHOLSON, Walter; SNYDER, Christopher. Microeconomic Theory: Basic Principles and Extensions. 11ª Ed. Mason: South-Western, 2012, pp. 251-252).

28 MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael; GREEN, Jerry. Microeconomic Theory. New York: Oxford University Press, 1995, pp. 219-220).

o desempenho das condutas indesejadas. Nessa perspectiva, o caráter dissuasório do sistema de responsabilização processual acaba transparecendo nas inúmeras previsões de responsabilização previamente precificadas. Uma alternativa bastante interessante, desse gênero, é a possibilidade de, por meio de negócios jurídicos processuais (art. 190, CPC), serem estipuladas cláusulas penais processuais para esse tipo de medida[29].

Em uma segunda perspectiva de análise, o dano pode ser compreendido como reflexo direto do transcurso do tempo. Não há dúvida de que para efetivar direitos pela via jurisdicional é preciso tempo. O tempo é um custo que deve ser incorporado pelo sujeito que busca a via jurisdicional para a satisfação de um direito. Deve-se diferenciar, portanto, o *perigo* que decorre do simples estado de pendência, caracterizado por parcela da doutrina como "dano marginal"[30], do *custo* (pode-se usar aqui a palavra *dano*, desde que com a advertência de não se trata de um *dano* decorrente de *ilícito*) diretamente experimentado

[29] Nesse sentido, ver Enunciado 490 do FPPC: "Enunciado 490 (art. 190; art. 81, §3°; art. 297, parágrafo único; art. 329, inc. II; art. 520, inc.I; art. 848, inc. II). São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (art. 848, II); pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos arts. 81, §3°, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (art. 329, inc. II)" (Grupo: Negócios processuais)

[30] Nesse sentido inicialmente Finzi ("Mi pare definibile il periculum in mora come quel danno marginale, che non vi sarebbe se non nella ipotesi di ritardo nella esecuzione" FINZI, Enrico (1884-1974). Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria. In: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. 3, II, 1926, p. 50.), depois Calamandrei ("Il periculum in mora che sta a base delle misure cautelari non è dunque il generico pericolo di danno giuridico, al quale si può in certi casi ovviare colla tutela ordinaria; ma è specificamente il pericolo di quell'ulteriore danno marginale, che potrebbe derivare dal ritardo, reso inevitabile dalla lentezza del procedimento ordinario, del provvedimento definitivo; è la impossibilità pratica di accelerare la emanazione del provvedimento definitivo, che fa sorgere l'interesse alla emanazione di uma misura provvisoria; è la mora di questo porvvedimento deifnitivo, considerata in sè stessa come possibile causa di ulteriore danno, che si provvede a rendere preventivamente inocua con una misura cautelare, che anticipi provvisoriamente gli effetti del provvedimento definitivo" CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam, 1936, p. 18) e, em alguma medida, Proto Pisani, ao tratar do tema no condicional ("Danno che può consistere (...) nel solo permanere del diritto in stato di insoddisfazione per tutto il tempo necessario ad ottenere una sentenza esecutiva nel corso del processo a cognizione piena, è il cosiddetto periculum in mora o (...) il danno marginale che la durata del processo causa o concorre a causare" (PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile. In: Rivista di Diritto Civile, I, 1987, p. 111).

pelo sujeito que depende do processo para fazer valer um direito pela sua tão só pendência. O tempo, nesse caso, não somente funcionando como fator de corrosão de direitos[31] - e por isso intimamente ligado à noção de dano -, mas também como fator de incremento de custos para proteção dos direitos. Nesse sentido, é preciso atentar para aquilo que Italo Andolina chama de duas espécies do dano marginal: em sentido amplo, a possibilidade de que pela pendência do processo alguma causa possa vir a ocasionar um dano; em sentido estrito (ou de indução processual) o dano que é consequência da tão só pendência e da não-realização do direito[32].

O tempo (mesmo o fisiológico ou natural de um processo judicial) é um fator de incremento dos custos de transação[33] para a proteção de direitos[34]. Trata-se de um custo que marginalmente cresce à medida que o processo se desenvolve (e daí a proximidade dessa concepção à expressão dano marginal, clássica da literatura processual). Esses custos de transação acabam sendo suportados por quem precisa do processo para fazer valer sua posição[35]. A estratégia institucional adequada é conseguir imputar a responsabilização por esses custos de transação àquele que ao final estiver na posição de sucumbente. Essa imputação somente pode ser concebida na forma da precificação dos custos de transação quando

---

[31] DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54. Do ponto de vista econômico, o prolongamento do reconhecimento do direito acaba corroendo o valor do direito discutido (GICO JR., Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Tese de doutorado. Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Economia, 2012, pp. 119-120).

[32] ANDOLINA, Italo. 'Cognizione' ed 'ezecuzione forzata' nel sistema della tutela giurisdizionale. Milano: Giuffrè, 1983, pp. 17-21.

[33] Essa é a posição de SILVA, João Paulo Hecker da. Tutela de urgência e tutela da evidência nos processos societários. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, p. 58.

[34] Nesse caso, trata-se de custos de transação *ex post*, na definição de Williamson (WILLIAMSON, Oliver. The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting (1985). Beijing: China Social Sciences Publishing House, 1999, p. 21).

[35] É possível conceber o tempo com um fator de incremento dos custos de oportunidade (BUCHANAN, James. Opportunity Cost. In: EATWELL, J.; MILGATE, M.; NEWMAN, P. (ed.). The World of Economics. Palgrave Macmillan: London, 1991, p. 520), já que o transcurso do tempo e a manutenção da litigosidade impedem o uso alternativo dos recursos pelo sujeito que dele necessita. Quanto maior o tempo do processo tendencialmente maiores as oportunidades que esses recursos, parados, acabaram não podendo viabilizar.

do término do processo (ou pelo incremento de custos intermédios de manutenção da recursividade).

O sistema processual de incentivos, entretanto, pode buscar a redução do tempo fisiológico do processo demovendo a parte de manter o litígio ativo. Nesse caso, os incentivos devem estar delineados de modo a (financeiramente ou não) induzir o litigante a não manter a discussão, satisfazendo o direito reconhecido ou abdicando da discussão perdida. Em termos de estímulos financeiros, estratégias podem indiretamente contribuir para atacar o custo do tempo, entendido como custo de transação. O processo civil brasileiro utiliza de mecanismo dissuasório da recursividade: a chamada sucumbência recursal[36]. Nessa medida, além da utilidade prática de remunerar o trabalho do procurador que teve de seguir atuando em outra etapa processual, o incremento da verba honorária dissuade a manutenção da litigiosidade pelo incremento do custo, atuando como uma compensação (ainda que direcionada ao agente e não ao principal) pelo custo de transação marginalmente incrementado. Na mesma medida, situações envolvendo remuneração pelos juros de mora retroagindo a momento anterior ao reconhecimento da obrigação principal (nesse caso, direcionando a remuneração ao principal).

É claro que a fruição do bem da vida pela parte com maior probabilidade de ter razão (fundamento da técnica antecipatória) diminui os custos incorridos pela parte, assim como a utilização de circuitos procedimentais diferenciados ou rotas procedimentais simplificadas[37] antecipa a resolução final (reduzindo, assim, o tempo fisiológico), mas no que tange aos custos inerentes ao tão só fato da pendência do litígio (e do risco de reforma da decisão enquanto não se consolida o trânsito em julgado), somente pode haver o seu enfrentamento pelo desestímulo ou pela precificação e imputação à contraparte. Nesse caso, o sistema de alocação dos custos tem a função de internalizar o dano inerente ao tempo, buscando dissuadir a manutenção da litigiosidade pelo incremento dos custos para a parte que busca a procrastinação. Trata-se de uma tentativa de evitar o crescimento do dano marginal decorrente da tão só pendência do litígio.

---

[36] Nesse mesmo sentido, ver RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. In: Revista de informação legislativa, v. 50, n. 199, jul./set. 2013, pp. 35-54.

[37] As expressões são de OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: RT, 2018.

Veja-se que, na primeira perspectiva, o dano é tendencialmente decorrente de agir ilícito da parte; na segunda, o dano é tendencialmente decorrente de agir lícito da parte. Essa distinção é importante para que se compreenda a pluralidade de manifestações da responsabilidade por dano processual.

2.2. *O jogo do processo e o doping processual: os comportamentos indesejados e os comportamentos juridicamente vedados*

A metáfora do jogo, mesmo que não tenha o condão de explicar a totalidade do fenômeno do processo, pode ajudar a diferenciar situações que devem ser albergadas pela normativa ética do processo e situações que devem ser vistas como preferíveis a outras, ainda que sem conteúdo jurídico. No esporte, existem regras constitutivas[38] que transformam aquela atividade humana em uma competição e regras comportamentais, que limitam os comportamentos no jogo. Ao lado dessas regras, tem-se o papel das habilidades humanas, que levam à vitória com o manejo adequado das regras do jogo. Fora dessas regras, há a burla, a trapaça, a falta, o antijogo e o *doping*. Na estruturação do exercício competitivo da atividade esportiva (esporte-competição), em primeiro lugar, deve-se seguir à risca as regras constitutivas do jogo de modo a que haja uma igualdade de ponto de partida para os competidores. O que constitui o objetivo do jogo é a vitória, e essa só será legítima se as regras do jogo forem respeitadas. Essa situação é diferente daquela ligada à atividade esportiva lúdica (esporte-recreação), na qual o objetivo comum do divertimento

[38] O presente trabalho não adota a distinção rígida entre regras constitutivas e regulativas (conforme, por todos, SEARLE, John. Speech acts: an essay in the philosophy of language (1969). New York: Camrbidge University Press, 2011, pp. 33-42), pelas razões expostas em RAZ, Joseph. Practical reason and norms (1975). 2ª Ed. Oxford: Orxford University Press, 1999, pp. 108-123 e SCHAUER, Frederick. Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life (1991). Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002, p. 7. Para fins de sistematização, esse trabalho adota a proposta de ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2003). 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 105-106, em torno das regras comportamentais (que descrevem comportamentos como obrigatórios, permitidos ou proibidos) e regras constitutivas (que atribuem efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações). Essa discussão (sobre a natureza jurídica das normas processuais), entretanto, não é objeto do presente trabalho.

cria incentivos muito maiores à cooperação[39] e é perfeitamente possível a alteração consensual das regras do jogo. No esporte-competição o objetivo da vitória é um obstáculo à cooperação[40]. No esporte-recreação o objetivo do divertimento é um incentivo à cooperação.

No processo judicial, a sua estrutura essencialmente competitiva impõe o respeito às suas normas, que incluem certos deveres de comportamento por aqueles que dele participam. O desrespeito a esses deveres deslegitima o resultado do processo[41], pois tende a significar a burla e a trapaça. O processo civil não pode tolerar desrespeito às suas normas, sendo vedada a atividade ilícita das partes. O estatuto ético normativo do processo determina uma proibição à trapaça, à burla, à falta, ao antijogo e ao *doping* processual[42]. Esse objetivo de vitória dos litigantes (satisfação do seu interesse por decisão do juiz) é um inevitável obstáculo à cooperação. Como o processo não é um fim em si mesmo – como o é o esporte-recreação – a atividade cooperativa é dificultada.

Há um tema que é recorrente no esporte-competição e que pode abrir espaço a uma comparação interessante: o chamado espaço de *fairplay*[43]. Na atividade competitiva, são comuns discussões em torno da conduta moral dos participantes quando deixam de atender às exigências morais do *fairplay*. Alguns exemplos do esporte são ilustrativos: o time de futebol que não devolve a posse de bola ao outro depois de ter sido voluntariamente jogada para fora para atenção a um atleta caído no gramado; o jogador de basquete que segue com a posse de bola e faz uma cesta, com a defesa parada em razão de apito advindo da arquibancada ou o maratonista que vence após o tropeço do atleta até então líder da prova. Todas essas condutas são consideradas lícitas – porque respeitadoras das regras do esporte, mas afrontosas ao *fairplay*. Embora discutíveis – e

---

[39] KEATING, James. Sportsmanship as a Moral Category. In: Ethics, vol. 75, nº 1, Oct., 1964, p. 34.

[40] KEATING, James. Sportsmanship as a Moral Category. In: Ethics, vol. 75, nº 1, Oct., 1964, p. 31.

[41] BOURSIER, Marie-emma. Le principe de loyauté en droit processuel. Paris: Dalloz, 2003, p. 344.

[42] A expressão é de MORAES DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos (2013). 3ª Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 191-194.

[43] Entendido o *fairplay*, aqui, em sentido material, cf. LOLAND, Sigmund. Fair Play in Sport: a moral norm system. London: Routledge, 2002, p. 15.

em alguma medida condenáveis – moralmente, são condutas que não ultrapassam os limites jurídico-normativos daquele ambiente.

O paralelo do espírito esportivo com situações processuais ajuda a ilustrar a inconveniência de se outorgar normatividade jurídica à cooperação entre as partes. Pense-se na parte que toma ciência informal da pendência de um processo e verifica que o endereço para citação contém equívoco formal a impedir a concretização da citação ou no advogado atrasado para uma sustentação oral em razão de um engarrafamento, que comunica o advogado da contraparte, mas mesmo assim não o convence a requerer o adiamento do julgamento por alguns minutos. Em ambos os casos as normas processuais estão sendo cumpridas à risca, assim como o foram as regras do jogo nos casos de ausência de *fairplay* esportivo acima destacados. No entanto, as situações poderiam ser conduzidas de outro modo em um espírito cooperativo. Exigir – imperativamente – por meio de *deveres* as condutas cooperativas dos sujeitos parciais seria como, no jogo, transformar em regras as atitudes ligadas ao espírito esportivo. Exigir comportamentos cooperativos é normatizar as virtudes, disciplinar juridicamente o *fairplay*. É claro que as regras do jogo devem ser respeitadas, mas há condutas que mesmo tendo conteúdo moral positivo, não devem ser obrigatórias, sob pena de se estruturar um ambiente *irrealista* e *antiliberal* de conduta humana. Daí por que o estatuto ético do processo não deve se preocupar com um *fairplay* processual, no sentido esportivo do termo. A opção por uma atuação moralmente positiva deve ser incentivada, mas ainda assim deve ser uma opção, justamente porque deve constituir o espaço de estratégia (cooperativa ou competitiva) inerente à estrutura dialógica do contraditório[44].

Incentivos às condutas cooperativas são certamente positivos, desde que não instituam deveres. O direito processual deve operar com estímulos à cooperação ("incentivo ao *fairplay*")[45] e com sanções à afronta do seu

---

[44] Em sentido similar, CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). Giuoco e processo. In: Rivista di diritto processuale, v. 6, n. 1, p. 101–111, genn./dic., 1951, p. 106, para quem, ainda que seja possível defender a exigência de *fairplay* (entendido como lealdade – art. 88, *Codice*), a astúcia dos litigantes é algo inclusive desejável.

[45] Parece ser esse o sentido das *Civil Procedure Rules* inglesas, que prevê como *overriding objective* do processo inglês o desenvolvimento ativo do *case management*, incluindo o dever de a corte "encorajar a cooperação entre as partes" ("1.4. (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes – (a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (...)").

estatuto ético ("vedação ao *doping*"), diferenciando as condutas apreciadas das condutas obrigatórias. A pretexto de moralizar o debate contraditório, não é adequado que se avance em espaços estratégicos lícitos[46], mesmo que não-cooperativos[47]. O estatuto ético do processo é suficiente para a preservação de iguais oportunidades de exercício do contraditório sem interferência indevida nas estratégias processuais[48].

Nesse contexto é importante que se compreenda o pressuposto para a responsabilização processual ou, em última análise, o que legitima a condenação à reparação pelo dano processual. Há uma variedade de limites impostos ao agir dos sujeitos processuais parciais em função dessa preocupação ética. Para fins de sistematização, utilizamos a expressão *estatuto ético do processo*. Essa expressão se explica pelo fato de que são inúmeras as expressões normativas das exigências éticas no processo civil. Mesmo que se saia do ambiente comparativo e se passe à análise de um ordenamento específico, é igualmente difícil reconstruir o conjunto de previsões comportamentais senão em torno de um termo geral. Essa expressão consegue albergar, assim, as manifestações jurídicas da boa-fé[49], da lealdade[50], da probidade[51] e da vedação ao abuso do processo[52], bem

---

[46] CALAMANDREI, Piero (1889-1956). Il processo come giuoco. In: Rivista di Diritto Processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, 1950, p. 30.

[47] DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II (2001). 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 268.

[48] LIEBMAN, Enrico Tullio (1903-1986). Manuale di Diritto Processuale Civile. Vol. I (1955). 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 1957, pp. 163-164.

[49] PICO i JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003. No Brasil, utilizando a expressão VINCENZI, Brunela Vieira de. A boa-fé no processo civil. São Paulo: Atlas, 2003.

[50] BOURSIER, Marie-emma. Le principe de loyauté en droit processuel. Paris: Dalloz, 2003. No Brasil, utilizando a expressão, FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: RT, 2017.

[51] Em alguma medida, influenciado pela tradição italiana, CALOGERO, Guido. Probità, lealtà, veridicità nel processo civile. In: Rivista di Diritto Processuale, v. I, 1939, pp. 129-153. No Brasil, LIMA, Alcides de Mendonça (1918-1998). O princípio da probidade no código de processo civil brasileiro. In: RePro, vol. 16, Out-Dez, 1979, pp. 15-42 e MILMAN, Fabio. Improbidade processual. Comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

[52] TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999; BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017) (coord.). Abuso dos Direitos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000. No Brasil, CASTRO FILHO, José Olympio de. Abuso do Direito no Processo Civil

como as situações da chamada litigância de má-fé[53], que envolve entre outros a fraude[54], a malícia e o dolo processuais[55].

O objeto do presente capítulo é sistematizar os limites ao agir estratégico em torno de classificações comuns, sem a pretensão de esgotar as situações específicas em que o exercício do contraditório é limitado por exigências éticas. Registre-se que nem sempre as condutas éticas serão normativamente sancionadas. O controle intersubjetivo dos próprios advogados cria incentivos não-instrumentais para condutas leais[56]. Em última análise, as condutas éticas do processo, quando não estão albergadas dentro de limites normativos, podem acarretar consequências não-jurídicas perceptíveis. A mais nítida delas é a consequência reputacional. Advogados que transitam no tênue limite normativo da ética processual tendem a perder credibilidade nas suas relações com os demais agentes forenses[57]. As normas sociais acabam exercendo um papel lá onde o direito deixa de ter normatividade[58].

Do ponto de vistas das normas jurídicas (motivações do tipo instrumental), é possível vislumbrar alguns limites. Em todos esses casos, está presente o elemento da ilicitude. Esses limites podem ser estruturados mediante *técnica casuística* ou mediante a utilização de *cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados*, operando em dois níveis: no primeiro nível, as limitações à atividade das partes; no segundo nível, as limitações à atividade do representante das partes. No que tange ao primeiro nível de limitações, essas operam em dois sentidos. É possível cogitar de *deveres omissivos* e de *deveres comissivos*. Esses comportamentos esperados podem envolver o elemento volitivo ou não (*ilicitude subjetiva* ou *objetiva*). O controle desses

---

(1955). Ed. Revista. Rio de Janeiro: Forense, 196 e ABDO, Helena Najjar. O Abuso do Processo. São Paulo: RT, 2007.

[53] COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

[54] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fraude no Processo Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

[55] ZEISS, Walter (1933–2006). El dolo procesal. Aporte a la precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico (1967). Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1979.

[56] HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. Legal Ethics: a comparative study. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 244.

[57] HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018); DONDI, Angelo. Legal Ethics: a comparative study. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 237.

[58] Para um panorama geral das relações entre normas jurídicas e normas sociais e seu papel de coordenação de comportamentos, ver POSNER, Eric. Law and social norms (2000). Cambridge: Harvard University Press, 2002.

comportamentos pode se dar pela via *preventiva* ou *repressiva*. O desrespeito a esses deveres pode ter consequências *reparatórias* ou *punitivas*. As punições podem ter natureza *pecuniária* ou *não-pecuniária*. As consequências de natureza pecuniária podem reverter *para a contraparte* ou *para o estado*.

Em primeiro lugar, quanto à técnica legislativa utilizada para regular os comportamentos éticos no processo, é possível encontrar duas "camadas de normas": regras específicas considerando casos particulares e normas gerais[59]. No âmbito geral, é comum a utilização no direito comparado de cláusulas como a da boa-fé (*good faith clause*), normalmente utilizadas pelos países da tradição continental europeia (com variações como o princípio da lealdade ou da probidade[60]) ou mesmo a partir de cláusulas como a do *due process of law* nos países de *common law*[61]. Trata-se da utilização de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados[62]. No âmbito específico, utiliza-se a expressão pontual de deveres de alguns ou todos os sujeitos processuais em relação a determinados comportamentos. Isso normalmente se dá pela enumeração de *deveres* em fases específicas do desenvolvimento do processo, como na instrução probatória, no sistema recursal ou na execução. Pode haver, entretanto, a utilização da parte geral dos códigos para a enumeração de deveres específicos (no que tange ao comportamento a ser omitido ou desempenhado), porém gerais (no que tange à amplitude subjetiva e no desenvolvimento do procedimento).

Mediante normas gerais a abordagem depende necessariamente da construção de grupos de casos paradigmáticos[63] pela doutrina e pela

---

[59] TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 7.

[60] TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 6.

[61] HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018). Abuse of procedural rights: a summary view of the common law systems. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 38.

[62] Sobre a definição de cláusulas gerais (indeterminação dos casos subsumíveis à *fattispecie* e da consequência jurídica) e conceitos formados por termos ou expressões indeterminadas (apenas indeterminação dos casos subsumíveis à *fattispecie*), ver: MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. Critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 141-146. Para um tratamento adequado da temática no âmbito do processo civil, ver DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. In: RePro, vol. 187, 2010, pp. 69-83.

[63] ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos (2003). 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 117-118.

jurisprudência, sendo inexorável uma maior indefinição *a priori* no que tange à normatividade, haja vista a tendência à sua exteriorização como princípio jurídico. No caso das normas específicas, os comportamentos esperados são desde logo cognoscíveis, porém dificultosa a aplicação nos casos de subinclusão ou hiperinclusão[64]. Importante observar, ainda, que é possível a utilização de ambas as formulações em um mesmo ordenamento. Mediante técnica casuística se outorga segurança jurídica, com a definição específica de condutas em determinadas situações processuais, e mediante técnica aberta se cria uma válvula de abertura, abrangendo a totalidade do fenômeno processual indistintamente. No Brasil, essa foi a abordagem utilizada pelo diploma processual. Optou-se pela técnica mista ao estabelecer uma norma geral de comportamento ético ("boa-fé")[65] e deveres específicos na parte geral do código[66] e, em menor medida, em situações específicas de determinadas fases procedimentais[67].

Seja pela utilização da técnica casuística, seja pela utilização da técnica aberta, o resultado é a previsão de deveres éticos para os sujeitos processuais. A estruturação desses deveres pode se dar mediante a previsão de *deveres omissivos* e de *deveres comissivos*. No primeiro caso, os comportamentos são proibidos, impondo-se ao sujeito a abstenção do seu desempenho. No segundo caso, os comportamentos são obrigatórios, impondo-se ao sujeito uma atitude comissiva para seu desempenho. Tanto a técnica aberta quanto a técnica casuística podem estruturar deveres

---

64 SCHAUER, Frederick. Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life (1991). Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002, pp. 31-34.

65 "Art. 5o Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé".

66 "Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. (...)"

67 Exemplificativamente: "Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: (...) II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; (...)"

omissivos e comissivos. O respeito à boa-fé objetiva, para utilizar o exemplo da cláusula geral prevista na legislação brasileira[68], pode determinar a abstenção de um comportamento (em razão de sua contrariedade a um comportamento anterior em sentido contrário, por exemplo)[69], ou determinar o desempenho de um comportamento específico (no caso em que se obriga a parte a mitigar seu próprio dano, por exemplo)[70]. Da mesma forma, é bastante fácil encontrar deveres omissivos especificamente previstos pelo legislador, como o de não usar de expediente protelatório, e deveres comissivos, como o dever geral de cumprimento com exatidão das decisões judiciais.

Para a configuração do agir ilícito em função do descumprimento de deveres de natureza ética no processo nem sempre será necessária a presença do elemento volitivo. É possível que haja *ilicitude processual* mesmo *sem a presença da culpa ou dolo*, desde que haja a disfuncionalidade do exercício de uma situação processual[71]. Ou seja, a ilicitude não depende necessaria-

---

[68] CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 238-239.

[69] Expressão da tipologia do *venire contra factum proprium*. Sobre o tema, ver MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil (1983). 5ª Reimp. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 742-770; SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium (2005). 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016. No processo, ver DIDIER JR., Fredie. Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil. In: Revista autônoma de processo, nº 3, abr./jun. 2007, pp. 203-213 e TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento processual contraditório. A proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015.

[70] É a expressão do chamado *duty to mitigate the loss*, corolário da boa-fé objetiva (sobre o tema, ver GOETZ, Charles; SCOTT, Robert. The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation. In: Virginia Law Review, Vol. 69, No. 6, Sep., 1983, p. 967). No Brasil, ver FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In: Revista trimestral de direito civil. v. 19, julho/setembro, 2004, pp. 109-119. No processo, ver DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. In: RePro, v. 34, n. 171, maio 2009, pp. 35-48. Para uma discussão em torno da natureza de ônus ou dever (ou incumbência) do "dever" de mitigar o próprio dano, ver RAMOS, André Luiz Arnt; NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de. A mitigação de prejuízos no direito brasileiro: quid est et quo vadat? Civilistica.com, ano 6, n. 1, 2017, disponível em <www.civilistica.com/a-mitigacao-de-prejuizos/>, acesso em 20 de janeiro de 2019.

[71] Nesse sentido OTEIZA, Eduardo. Abuso de los derechos procesales en America Latina. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017) (coord.). Abuso dos Direitos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 22.

mente do intuito de lesar ou das tipologias da culpa para se fazer presente. A previsão da ilicitude dependente do comportamento culposo ou doloso normalmente se apresenta nas expressões "malicious"[72], "intencionalmente"[73], ou mediante a previsão de "ciência" do agente[74]. Em síntese, condutas que, na tradição brasileira, podem ser reconduzidas à litigância de má-fé[75]. Nesses casos em que o agir ilícito é intencional, há a possibilidade de que a sanção seja reforçada, como ocorre na chamada *responsabilità aggravata* do direito processual italiano[76]. Esse tipo de previsão dependerá tendencialmente da formatação de textos normativos mediante técnica casuística que delimitem a conduta culposa ou dolosa, em concreto.

De outro lado, há uma tendência nas legislações contemporâneas à adoção de *standards* comportamentais que, para caracterização da ilicitude, independam do elemento volitivo (subjetivo). A preocupação não está na vontade do agente, mas na tipologia do ato ou no resultado da conduta. Nessa esteira, as previsões explícitas de cláusulas gerais de *boa-fé*[77], a sua adoção como fundamento para vedação em concreto de situações de ilicitude objetiva[78], as remissões a deveres de *lealdade* como centrais ao

---

[72] De que é exemplo a "malicious prosecution" do direito anglossaxão (ANDREWS, Neil. Abuse of process in english civil litigation. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 75. Na Argentina a expressão malícia consta do art. 34, 5, VI do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación e no Brasil, constava do art. 3°, parágrafo único do Código de Processo Civil de 1939.

[73] Na redação originária do Código de Processo Civil de 1973 essa era a previsão do art. 17, II e III.

[74] É a formatação do art. 77, II, do CPC brasileiro.

[75] Uma excelente reconstrução das raízes lusitanas do instituto pode ser encontrada em COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 31-130.

[76] Conforme artigo 96 do *Codice*, que prevê ressarcimento de danos para o agir com má-fé ou culpa grave e o ressarcimento dos danos pela efetivação da tutela cassada apenas em caso de a parte ter agido "senza la normale prudenza", diferentemente do sistema de responsabilização objetiva do Brasil. A doutrina aponta a dificuldade de se perquirir o elemento subjetivo nesse tipo de situação (LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile (1955). Principi. 7ª Ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 170).

[77] Como é especificamente o caso das legislações espanhola (art. 247, 1, *LEC*), portuguesa (art. 8°, CPC) e brasileira (art. 5°, CPC).

[78] É exemplo a construção da proibição do *venire contra factum proprium* levada a efeito, para o direito alemão, por ZEISS, Walter (1933–2006). El dolo procesal. Aporte a la precisacion teorica de una prohibicion del dolo en el proceso de cognicion civilistico (1967). Trad. Tomas Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1979, pp. 97-123.

sistema[79] ou a proibição do abuso de direito no processo[80]. Todas essas previsões têm, em última análise, a preocupação de manter um debate livre de atitudes desleais: um devido processo "leal"[81].

O direito pode estabelecer mecanismos para evitar a conduta ilícita no processo ou para reprimi-la, quando já ocorrida. Os poderes do juiz são o grande trunfo para a tutela *preventiva* dos ilícitos processuais[82]. São

---

[79] Extraindo do sistema processual a exigência central de lealdade como "princípio geral do direito processual", ver BOURSIER, Marie-emma. Le principe de loyauté en droit processuel. Paris: Dalloz, 2003, pp. 254-281. Especificamente, é da tradição italiana a remissão aos deveres de lealdade (art. 88 do *codice*), não necessariamente ligados à culpa ou dolo para configuração do seu descumprimento, mas como base para construção de deveres éticos para as partes (CARRATA, Antonio. Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte seconda). In: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Anno LXVIII, nº 2, 2014, pp. 505-506). No Brasil, AULIO, Rafael Stefanini. O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 61. Em sentido análogo, advogando a inclusão da lealdade no rol de garantias constitucionais inerentes ao processo, ver FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: RT, 2017, p. 412.

[80] Apesar da previsão do art. 32-1 do *code* francês não fazer menção a elementos volitivos ("Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés") a doutrina aponta a necessidade de comportamentos culposos ou dolosos. Sobre o tema, ver CADIET, Löic; JEULAND, Emmanuel (1992). Droit Judiciaire Privé. 8ª ed. Paris: LexisNexis, 2013, p. 345 e DONDI, Angelo. Abuse of procedural rights: report for Italy and France. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, pp. 117-120. Trata-se de uma reminiscência do aspecto subjetivista tradicionalmente atrelado ao "abuso de direito". No Brasil, advogando pela distinção entre ato abusivo e ato ilícito, ver ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. São Paulo: RT, 2007. Em nossa visão, o sintagma "abuso do direito" deve ser compreendido como uma das facetas do exercício disfuncional do direito, necessariamente ilícito. Daí aludirmos à "ilicitude objetiva". Essa é a posição da MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 57-95.

[81] PICÓ i JUNOY, Joan. El debido proceso "leal": reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal. In: Revista peruana de derecho procesal, nº 9, 2006, pp. 331-372. Nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 232.

[82] Há uma tendência contemporânea ao aumento dos poderes do juiz, sendo exemplos as *CPR* inglesas na ideia de *case management* ligado à asseguração de um processo rápido e justo – e, portanto, sem manobras dilátorias ("1.1 (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes,

exemplos do exercício desse poder os deveres de prevenção, quando ligados à conduta procrastinatória, o controle da admissibilidade da prova, e a imposição de cauções para o exercício de determinadas situações processuais[83]. Os poderes do juiz podem funcionar como um mecanismo de promoção da eficiência do processo, indiretamente prevenindo desvios éticos das partes[84]. A repressão dos ilícitos processuais, por sua vez, pode se dar mediante uma série de expedientes, com natureza reparatória ou punitiva, pecuniária ou não.

3. Uma perspectiva analítica acerca das hipóteses de dano processual e seu regime de responsabilização

As consequências jurídicas derivadas do descumprimento dos deveres (gerais ou específicos; comissivos ou omissivos; de ilicitude subjetiva ou objetiva) previstos no estatuto ético do processo são absolutamente plurais[85]. Em primeiro lugar, o desrespeito a esses deveres pode ter consequências *reparatórias* ou *punitivas*. São reparatórias as consequências quando têm por objetivo a reparação do prejuízo juridicamente relevante derivado do agir ilícito. Nesse caso, a sanção decorrente da ilicitude tem como referencial o dano e como função a sua compensação[86]. A

---

so far as is practicable – (...) (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly (...)"). Além do brasileiro, o Código de Processo Português também é um exemplo de legislação que outorga ao juiz poderes amplos de gestão processual, especialmente seu art. 6°, 1: "Artigo 6.° Dever de gestão processual. 1 - Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável".

[83] THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017) (coord.). Abuso dos Direitos Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp. 116-117.

[84] Sobre o tema, ver a discussão em torno dos poderes do juiz no processo contemporâneo em DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. Processo Civil Comparado. Uma perspectiva evolutiva. Trad. Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (coord.). São Paulo: RT, 2017, pp. 50-61.

[85] TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 22.

[86] TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 23.

abrangência da reparação dependerá de uma escolha legislativa, mas é comum a responsabilidade por dano processual abarcar apenas o prejuízo diretamente derivado do ilícito processual[87]. Muito embora a responsabilidade tendencialmente se resolva em pecúnia, é possível pensar em situações em que a reparação tenha de se dar *in natura*[88].

Em segundo lugar, é possível pensar em consequências de natureza punitiva relativamente ao agir em desacordo ao estatuto ético do processo. Nesse caso, a punição se resolve tendencialmente em multas, mas não só. No que tange às multas, essas têm seus limites mínimos e máximos normalmente estabelecidos em lei, abrindo-se margem de discricionariedade judicial dentro desses limites[89], que podem inclusive ter correlação com o valor da causa[90]. Essas multas podem substituir a reparação de danos, funcionando como uma espécie de cláusula penal processual[91]. Além das multas, a distribuição ou inversão do regime de custos do processo funciona como sanção pelo agir ilícito[92]. Como penas de natureza não pecuniária, normalmente as consequências negativas decorrem do não desempenho de um ônus (e, portanto, não são ligadas a deveres), mas é possível se pensar na perda de certas prerrogativas processuais, especialmente para o procurador da parte[93], em razão do não

[87] BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 33-34. Vige nesses casos o problema da prova do nexo de causalidade o fenômeno da multiplicidade de causas para aferição da amplitude da responsabilização. Sobre o tema, no seu aspecto probatório, ver CARPES, Artur Thompsen. A prova do nexo de causalidade na responsabilidade civil. São Paulo: RT, 2016.

[88] Pense-se nos casos de substituição de coisa deteriorada ou destruída pelo agir ilícito da contraparte ou na devolução de frutos ou benfeitorias.

[89] TARUFFO, Michele. General Report. In: TARUFFO, Michele (ed.). Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Hague: Kluwer Law, 1999, p. 24.

[90] Como é o caso do direito brasileiro (art. 77, §2° e art. 81, CPC). A limitação pode ser prefixada, como no caso francês (art. 32-1, *Code de Procédure Civile*).

[91] Bem observa essa semelhança BENEDUZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, p. 111.

[92] Esse tipo de sanção tem maior efetividade nos sistemas que não adotam a regra do *perdedor-pagador*, regra nos sistemas continentais europeus e latinoamericanos. Outra forma é a previsão de *wasted costs orders*, contra o advogado da parte que age de forma maliciosa. Sobre o tema, ver COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 308-313.

[93] Nesse sentido a criativa previsão do art. 234, §2° do CPC brasileiro (que tinha previsão análoga no art. 196, CPC/73).

cumprimento de um dever ético, ou na inversão do ônus do tempo do processo mediante concessão de tutela provisória pelo abuso da defesa, em ordenamentos que não trabalham com a previsão geral de tutela da evidência em situações de probabilidade[94].

As consequências de natureza pecuniária podem reverter *para a contraparte* ou *para o estado*. É difícil traçar uma linha entre as condutas antiéticas que afrontam interesses da parte contrária e aquelas que afetam interesses públicos[95]. Tradicionalmente, o desrespeito a decisões judiciais é visto como uma afronta à justiça civil. São os casos de *contempt of court* da tradição anglossaxã, que tem a dupla função coercitiva (no caso do *civil contempt*) e punitiva (no caso do *criminal contempt*)[96]. De outro lado, a afronta a alguns deveres ligados à lealdade para com a contraparte é vista como desrespeito aos interesses desta. Na tradição lusitana, são os casos da chamada litigância de má-fé[97]. O sistema brasileiro é interessante, pois

---

[94] A doutrina aponta o fundamento das hipóteses de tutela da evidência na probabilidade e não seu caráter sancionatório. Para uma discussão em torno do fundamento, ver MITIDIERO, Daniel. Antecipação de tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: RT, 2013, pp. 133-136. A realidade normativa atual encampa essa ideia ao ampliar as hipóteses de evidência do direito. No código de 1973, entretanto, ainda que o efeito indireto fosse o de distribuir de maneira igualitária o ônus do tempo do processo, a redução da hipótese à caracterização do abuso de defesa ou do intuito protelatório, levava à consideração de seu aspecto punitivo (art. 273, II, CPC/73). A alteração legislativa, entretanto, corrigiu o equívoco de se pensar a tutela da evidência a partir de prisma, ampliando as hipóteses em torno de um fio condutor, que é a probabilidade do direito e a distribuição isonômica do ônus do tempo (art. 311, CPC).

[95] Em verdade, a afronta ao estatuto ético do processo significa uma "pluriofensibilidade", para usar a expressão de BORGES, Marta Alexandra Frias. Algumas Reflexões em Matéria de Litigância de Má-Fé. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 66.

[96] TARUFFO, Michele; HAZARD JR., Geoffrey (1929-2018). American Civil Procedure. An introduction. New Haven: Yale University Press, 1993, pp. 202-204.

[97] Na Espanha, por exemplo, há controvérsia sobre o destinatário da multa, sendo majoritária a defesa da reversão ao poder público. Joan Picó i Junoy defende a possibilidade de as multas na execução servirem para satisfação do crédito e, subsidiariamente, servirem à fazenda pública. PICÓ i JUNOY, Joan. Mecanismos de control de la mala fe procesal en la ejecución civil. In: CACHÓN CADENAS, Manuel; PICÓ i JUNOY, Joan (coord.). La ejecución civil: problemas actuales. Barcelona: Atelier, 2008, p. 58. Na Argentina o Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevê a contraparte como beneficiária (art. 45). Em Portugal, inclui-se a multa no regime geral de custas e, portanto, reverte-se à fazenda (conforme COSTA E SILVA, Paula. Litigância de Má Fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 513-514).

mescla ambas as vertentes[98]: no que tange à afronta à autoridade judicial, prevê sanções ligadas aos "atos atentatórios à dignidade da justiça", relativamente às quais o valor arrecadado é revertido para a fazenda pública; no que tange à afronta a interesses da contraparte, prevê sanções ligadas à "litigância de má-fé", relativamente às quais o valor arrecadado é revertido para a contraparte. No Brasil, a litigância de má-fé, por sua vez, comporta multa e indenização, o que não é comum, haja vista a natureza normalmente pública das previsões de penas pecuniárias no direito comparado. Registre-se, por fim, que as sanções podem ser cumuladas[99].

É preciso, portanto, pontuar objetivamente algumas distinções. Em primeiro lugar, relativamente aos agentes, o dano pode ser derivado da atividade das partes, do juiz ou de terceiros. Não somente as partes, mas também o juiz e terceiros podem ser responsáveis pelo cometimento de atos ilícitos processuais, bem como causadores de dano. São exemplos de ilícitos processuais, que podem dar lugar à reparação pelo estado-juiz[100], entre outros, a responsabilidade pela tutela intempestiva dos direitos[101]. São exemplos de ilícitos processuais, que podem dar lugar à possibilidade de cominação de medidas coercitivas e, mesmo, à condenação pela litigância de má-fé, dentre outros, a não-apresentação de documentos ou prestação de informações, quando determinado (art. 403, CPC).

Em segundo lugar, relativamente ao objeto, é imprescindível distinguir as situações em que o valor a ser pago decorre de uma situação danosa (exercendo a finalidade reparatória), daquelas em que há valor a ser pago decorrente de uma situação não danosa, mas como consequência do exercício do poder judicial de decretação de medidas coercitivas de natureza pecuniária (multas coercitivas ou *astreintes*). Ambas também são diferentes do incremento pecuniário derivado da atualização de valores. Embora ao menos as coercitivas também derivem do agir ilícito (justamente por isso há a possibilidade de exercício do poder de

---

[98] BENEDUZI, Renato. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. II. São Paulo: RT, 2016, pp. 84-85.

[99] No Brasil, o são. É o que defende BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1931-2017). A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 19.

[100] Sobre o tema, ver GREGÓRIO, Rita de Cássia Zuffo. A Responsabilidade Civil do Estado-Juiz. Dissertação de Mestrado. USP, São Paulo: 2009.

[101] Sobre o tema, ver JOBIM, Marcos Felix. O direito à duração razoável do processo. Responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

decretação de medidas de coerção), não se trata de uma consequência tecnicamente reparatória.

Em terceiro lugar, nem sempre a sanção derivada do ilícito reverterá para a parte que sofreu as consequências do agir, na medida em que há casos em que a conduta ilícita é reprimida por meio de sanção pecuniária revertida para a fazenda. Nesse caso, embora se possa cogitar de um prejuízo juridicamente relevante na esfera jurídica da contraparte, a multa não reverterá em seu benefício, não servindo como reparação de dano. Daí a necessidade de se compreender as medidas de repreensão do ilícito processual como complementares. Há aquelas que se dedicam à reparação do dano; há aquelas que se dedicam a punir o agir ilícito, sem preocupação com o retorno ao estado de coisas anterior.

Em quarto lugar, é preciso reconhecer que nem sempre o dano processual deriva da ocorrência de um ato ilícito (ato contrário à ordem jurídica), na medida em que há situações expressamente previstas em lei em que o fundamento da responsabilização não é a ilicitude, mas a assunção de risco. Justamente dessa distinção é que se parte para fundamentar a perspectiva analítica das hipóteses de dano processual desempenhada no presente capítulo[102].

3.1. Responsabilidade civil por ato ilícito

Do ponto de vista do dano processual, as hipóteses de responsabilização decorrem, majoritariamente, de situações de ilicitude. Na prática, a consequência reparatória aparece como decorrência de ilícitos processuais sempre que o ilícito cometido repercute em um prejuízo juridicamente relevante no patrimônio de um dos sujeitos processuais. A legislação processual busca, ao prever a responsabilização pelos danos decorrentes do ilícito processual, o retorno ao *estado de coisa anterior* à ilicitude. É possível uma reconstrução analítica das hipóteses de responsabilização civil processual, a partir de balizas ligadas à natureza do ilícito cometido.

Um primeiro grupo de situações típicas de surgimento do dever de indenizar decorrente de condutas ilícitas cometidas no âmbito do processo judicial diz respeito àquelas condutas da parte ou de terceiros que

---

[102] Em perspectiva análoga, sem adotar o critério da ilicitude como fator de distinção, ver MELO DE SOUZA, Valternei. Responsabilidade processual como meio de efetividade da tutela jurisdicional. Dissertação de Mestrado. PPGD PUCRS. Porto Alegre, 2008, disponível em < http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4068/1/416167.pdf> acesso em 31 de janeiro de 2019.

configuram *litigância de má-fé*. É da tradição do direito processual brasileiro a previsão de situações que configuram litigância de má-fé, com o correspondente dever de indenizar por parte daquele que exerceu o ato ilícito.

Em um primeiro plano de análise, é preciso deixar claro. Nos casos de litigância de má-fé, o direito brasileiro prevê como titular do dever de indenizar o próprio causador do dano, e como titular do direito à indenização a contraparte. O art. 80 prevê casos considerados como de litigância de má-fé (em rol exemplificativo, na medida em que há outras hipóteses tipicamente consideradas pelo próprio código, como no caso dos recursos protelatórios). Na linguagem típica do direito material, seriam essas hipóteses consideradas como atos ilícitos – processuais – os quais dão, conforme previsão específica do art. 79, azo a que surja o dever de indenizar ("Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente"). Todo aquele que participar do processo agindo em litigância de má-fé responderá pelas perdas e danos derivadas dessa ação ou omissão.

A estrutura dessa regra de reparação, versada em termos gerais, deve ser compreendida à luz do art. 81, que prevê uma multiplicidade de meios de reprimir esse tipo de conduta. O art. 81 do CPC prevê a possibilidade de que sejam cominadas mais de uma sanção pelo agir ilícito consistente na litigância de má-fé. Relativamente à reparação do dano, o *caput* do artigo prevê o dever de o litigante de má-fé "indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou". Em complementação, o parágrafo terceiro prevê que "o valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos".

Essa estrutura demanda três destaques. O primeiro relativamente ao montante do dano. A regra é bastante simples: sendo o dano de fácil mensuração, poderá ser desde logo decidido pelo juiz e executado nos autos; sendo necessária a produção de prova (técnica ou de outra natureza), então será necessária a instauração de procedimento liquidatório nos autos. Em ambos os casos, o próprio processo já pendente é o foro adequado para a fixação e cobrança da indenização. O segundo destaque diz respeito à cotitularidade do dever de indenizar. O parágrafo primeiro do mesmo artigo prevê que, havendo multiplicidade de ofensores, haverá a necessidade de repartição, "na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente", da indenização. Nesses casos, o procedimento liquidatório tendencialmente permitirá o desenvolvimento de cognição

não somente quanto ao valor, mas também quanto à participação de cada ofensor na causação do dano. Por fim, o terceiro destaque diz respeito à abrangência dos danos indenizáveis. O CPC prevê a possibilidade de que, além do prejuízo diretamente causado pelo ato ilícito, também os custos indiretos incorridos pelo ofendido sejam ressarcidos pelo ofensor. Por essa razão, aponta a necessidade de reparação, além do prejuízo sofrido, também dos honorários advocatícios e despesas efetuadas pela parte ofendida. Nesse tema, versa profundo dissenso em torno das situações em que o ofendido é também sucumbente. Nesses casos, a indenização pela litigância de má-fé deve abranger apenas as despesas e os honorários advocatícios que tenham ligação direta com a atividade desenvolvida em função do ilícito, mas não à totalidade dos honorários sucumbenciais.

Não é de se desconsiderar, ainda, que a ilicitude também leva à condenação ao pagamento de multa (superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, conforme *caput* do art. 81, CPC), que por sua vez não se confunde com a indenização e com ela se cumula. A multa funcionando como mecanismo efetivamente punitivo; a reparação como mecanismo compensatório.

Hipótese análoga à da litigância de má-fé (ilicitude subjetiva) é aquela decorrente do exercício disfuncional das situações processuais, especialmente nos casos em que ocorre *afronta à boa-fé objetiva*. Muito embora não se trate de litigância de má-fé, também a afronta à boa-fé objetiva (estabelecida como norma fundamental no CPC – art. 6º) permite a condenação à indenização pelos danos processuais, desde que devidamente reconhecida pelo juízo a ocorrência desse ilícito objetivo. A afronta à boa-fé objetiva, entretanto, demanda um juízo diverso daquele das hipóteses típicas de litigância de má-fé, na medida em que as condutas não são previamente descritas pelo legislador. Nesses casos, deve-se recorrer às tipologias tradicionalmente reconduzidas à afronta à boa-fé, como o *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *supressio* e a *surrectio*, entre outras.

Um terceiro grupo de situações desloca o problema do eixo das partes e terceiros entre si para as relações entre as partes, terceiros e juiz. Trata-se das situações que configuram o chamado "ato atentatório à dignidade da justiça". Nesses casos, a afronta aos deveres ligados ao estatuto ético do processo configura não – apenas – litigância de má-fé, como também uma afronta à própria jurisdição. Não por outra razão, nesses casos a multa que é cominada reverte em favor da fazenda pública. Não se trata, portanto, de uma reparação do dano processual, mas de uma punição. O

art. 77, §2º deixa clara a opção do legislador pelo sistema de remédios múltiplos contra a afronta ao estatuto ético do processo, dispondo que certas violações a deveres processuais (especificamente aqueles previstos nos incisos IV e VI do *caput* do art. 77) "constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta". Bem se vê a opção do legislador brasileiro em permitir a cumulação da reparação pelo dano processual, com a multa pelo ato atentatório, permitindo-se ainda a persecução criminal. Nesse caso, o ato atentatório passa a ser desimportante para a estrutura da reparação pelo dano processual, pois haverá reparação tão somente nos casos em que o ato configurar, além de atentado à dignidade da justiça, também um prejuízo juridicamente relevante na esfera jurídica da contraparte.

Um quarto grupo de situações está atrelado à ilicitude negocial, pelo descumprimento de avenças que tenham sido formalizadas no espaço de autonomia da vontade dos sujeitos processuais parciais. Semelhantes situações de dano podem decorrer do descumprimento de negócio processual (típicos ou atípicos, na forma do art. 190, CPC). Nesses casos, o descumprimento do negócio processual configura ilícito negocial e, portanto, pode acarretar dano na esfera jurídica daquele a quem o negócio aproveitaria. Semelhante hipótese de dano processual não está devidamente regulamentada no sistema processual, mas não há razão para se impedir que o eventual dano decorrente desse tipo de ilicitude não possa ser liquidado e executado nos próprios autos, a exemplo da previsão específica existente para a litigância de má-fé. Na reparação de danos dessa natureza, é preciso compreender que a prévia precificação do montante a ser reparado (como ponto de partida ou como limite) pode se dar pela estipulação de cláusulas penais no próprio negócio processual.

Além disso, os terceiros podem cometer ilícitos que, pela sua natureza, tendem a afetar a esfera jurídica de uma das partes. Isso se dá em situações como a da não entrega de documento requisitado ou a prestação extemporânea de informações (o código contempla a possibilidade de cominação de medidas coercitivas de todo o gênero – art. 403, parágrafo único, CPC). Nesses casos, é preciso compreender que a atividade das partes é distinta da atividade dos terceiros, mesmo que o código contemple a possibilidade de medidas coercitivas contra os terceiros que deixam de atender a ordens judiciais. Não convém que se converta o terceiro em parte para fins de liquidação e execução do dano derivado desse tipo de

ilicitude, de modo que eventual dano processual derivado da atividade de terceiro deve ser buscado em via própria (demanda autônoma) que contemple o grau de cognição adequado, bem como o desenvolvimento pleno do direito ao contraditório do potencial ofensor.

Embora conste do rol de deveres a menção de que estes devem ser respeitados por todos os participantes do processo, o art. 96 do CPC prevê que as sanções impostas ao litigante de má-fé revertem em benefício da *parte contrária*. Isso significa que não há específica previsão sobre a condenação de terceiros na litigância de má-fé. Nesse sentido, com ainda mais razão, parece mais acertado remeter a discussão em torno da reparação de eventual dano causado por terceiro que de alguma forma participe do processo a uma demanda autônoma.

Por fim, um sexto grupo de casos de ilicitude está atrelado à atividade do estado-juiz, na sua função judicante. O código contempla uma regra geral de responsabilização do juízo, em casos específicos. São eles os casos de o juiz proceder com dolo ou fraude (art. 143, I, CPC) e o caso de o juiz recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 143, II, CPC). Nesses casos, o ofendido poderá pleitear a responsabilização judicial (judiciária) pelo dano processual decorrente da conduta ilícita. Esses casos personalizam na figura do juiz o agir ilícito, embora a lei determine que o juiz poderá responder regressivamente (sendo altamente controversa a demanda ser proposta diretamente contra o juiz, pessoalmente). Nessa esteira, também pode-se falar da responsabilidade pela tutela intempestiva (esta amplamente reconhecida no âmbito do direito processual convencional, inclusive no âmbito interamericano).

Diferentes, ainda que igualmente derivadas do agir ilícito, são as hipóteses em que a repreensão da conduta ilícita não leva diretamente a compensações financeiras, mas à retomada do estado de coisas anterior. São casos em que não se preocupa o legislador com o dano, diretamente, mas com a tutela de remoção do ilícito. Um exemplo bastante claro desse tipo de estratégia adotada no âmbito do direito processual é a previsão do art. 78, CPC, que dispõe que, além da vedação à utilização de expressões ofensivas nos escritos apresentados no processo, em caso de exercício abusivo do direito à manifestação nos autos, o juiz "determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada" (art. 78, §2°, CPC). Semelhante previsão também existe para os casos de atentado,

em que o juiz "determinará o restabelecimento do estado anterior" de coisas (art. 77, CPC).

Veja-se que nesses casos a preocupação direta do legislador não é com a reparação do dano, mas com a remoção do ato ilícito que, potencialmente, causa dano à contraparte. As consequências indenizatórias, se presentes, deverão ser perquiridas e discutidas em seara diversa, cabendo ao juiz, nos autos, tão somente remover o estado ilícito de coisas.

Como se verifica, do ponto de vista das condutas ilícitas, o processo civil – em especial aqui, o brasileiro – prevê uma série de manifestações da tutela reparatória, em especial ressarcitória-indenizatória, nos casos em que o ilícito causa dano. Isso não significa que essa forma de tutela seja a única prevista no ordenamento, na medida em que também a tutela de remoção do ilícito aparece como ferramenta útil ao juiz para casos em que há preocupação maior é com a manutenção da higidez do estatuto ético do processo e não tanto com a indenização da parte ofendida.

3.2. Responsabilidade civil por ato lícito

É interessante observar, no entanto, que nem todas as hipóteses de responsabilização processual civil enquadram-se na categoria da responsabilidade civil pelo ato ilícito. Há um considerável número de situações em que, a despeito da inocorrência de ato ilícito, o direito processual civil prevê responsabilização do causador do dano. Nesses casos, foge-se do tradicional paralelo entre ilícito e dano, para compreender as hipóteses de responsabilização com base em outras situações. Assim como é possível que de um ato ilícito não decorra dano, é também possível que dano decorra de situações de licitude[103].

O direito processual civil prevê situações de licitude que, pela sua natureza, demandam a necessidade de responsabilização com vistas a evitar a perpetuação de prejuízos juridicamente relevantes na esfera jurídica dos litigantes. Duas hipóteses servem de maneira bastante clara a demonstrar a necessidade da tutela reparatória para situações derivadas de atos lícitos praticados no processo: a tutela provisória posteriormente cassada, em razão do mero implemento da cognição exauriente, e a execução provisória que não se torna definitiva pela modificação, em grau recursal, da decisão exequenda.

---

[103] Para uma completa construção dogmática acerca do tema da responsabilidade civil pelo ato lícito, à luz do solidarismo jurídico, ver USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade civil por ato licito. São Paulo: Atlas, 2014.

Como se sabe, aquele que busca fruir de um direito mediante cognição sumária encontra no instituto da tutela provisória o fundamento para a realização do direito de maneira antecipada. Ocorre que a chance de reversão da medida efetivada após a concessão da tutela provisória é grande. O corte de cognição no plano vertical pressupõe a necessidade de confirmação ou modificação, em sede de cognição exauriente, da decisão provisoriamente tomada. Essa circunstância cria, para a parte que deseja efetivar a decisão proferida, um risco (de reversão). Esse risco é assumido por aquele que efetiva decisões proferidas em tutela provisória de maneira voluntária. Configura-se o risco na medida em que a alteração do estado de coisas, oriunda de uma decisão proferida em tutela provisória mediante cognição sumária, é absolutamente frágil. Uma vez dependente de confirmação por posterior decisão a ser proferida mediante cognição exauriente, a nova situação derivada da efetivação da medida é passível de modificação a qualquer momento.

O risco incorrido pela parte beneficiária da tutela provisória está justamente nesse estado de incerteza inerente à cognição sumária que funda semelhante tipo de decisão. É esse o risco que fundamenta um regime de responsabilização absolutamente distinto daquele ligado à responsabilidade civil pelo ato ilícito cometido no processo. Em síntese, mesmo que a tutela provisória tenha sido concedida e efetivada na perfeita licitude da conduta de todos os sujeitos processuais, o risco inerente a essa situação frágil – que demanda posterior confirmação, modificação ou revogação quando do exercício da cognição exauriente pelo juiz – justifica um regime de responsabilização civil (que pressupõe, portanto, o dano) com fundamento em atos lícitos. Em geral, diz-se que se trata de regime de responsabilização objetiva. Nossa defesa é de que se trata não somente de um regime de responsabilidade objetiva (porque indiferente à conduta culposa ou dolosa do agente), mas de um regime de responsabilidade civil pelo ato lícito, fundado no risco.

Em todas as situações de reversão da medida proferida em sede de tutela provisória, seja ela satisfativa ou cautelar, a responsabilização daquele que foi beneficiário da medida independe de se tentar encontrar na sua conduta uma ilicitude[104]. O fator que merece atenção é o risco: ao efetivar

[104] Em outro artigo, este autor já defendeu posição distinta, sustentando a necessidade, à luz do Código de Processo Civil de 1973, de encontrar o traço da ilicitude na conduta do agente, mesmo que essa ilicitude fosse concebida como exercício disfuncional do direito (art. 187, CC). Sobre a posição, relativamente à qual o autor não mais está filiado, ver ABREU, Rafael Sirangelo de. A responsabilidade pela fruição

a medida, o beneficiário assumiu o risco de vê-la posteriormente revogada ou cassada. E nessa situação, não é justo que a posterior revogação ou cassação signifique para a parte lesada com a não fruição do bem da vida ao longo do tempo em que a decisão anterior perdurou um dano irreparável. Por essa razão é que o risco funciona como elemento indissociável da indenização em casos de tutela provisória modificada. Sem encontrar no risco o fundamento da responsabilização, restaria indene o prejuízo juridicamente relevante da parte. Ao proativamente buscar a alteração – provisória – do *status quo*, o beneficiário da medida assume o risco de ter que reparar a contraparte em caso de retorno (posterior) ao estado anterior de coisas.

Nesse sentido, o art. 302 do CPC funciona como regra geral de indenização do prejuízo causado pela efetivação da tutela provisória[105]. É interessante observar que o *caput* do artigo deixa clara a distinção entre a reparação por dano processual e a reparação pelo prejuízo – material – que a efetivação da tutela provisória pode causar na esfera jurídica da contraparte ("independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa (...)"). Dessa forma, nos casos de modificação da medida por decisão posterior (o inciso I trata de sentença desfavorável, mas poder-se-ia cogitar de decisões de qualquer natureza) ou, em último caso, de cessação da eficácia da medida por qualquer situação, haverá a possibilidade de condenação do beneficiário originário da tutela provisória a indenizar a contraparte pelos danos decorrentes da efetivação, mediante liquidação, quando possível, nos próprios autos (parágrafo único do mesmo artigo).

Do mesmo modo, as situações oriundas da execução provisória também se encaixam no mesmo regime. A execução provisória não

---

da tutela antecipada cassada. In: MITIDIERO, Daniel (coord.). O processo civil no Estado Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2012.

[105] Não há como dissociar também a tutela da evidência desse regime. O risco é assumido pelo tão-só fato da provisoriedade e não pelo fato da urgência. A evidência, como critério para a concessão, não deve ser fator de irresponsabilidade para o beneficiário de medida posteriormente modificada. Embora o art. 302 trate apenas da tutela de urgência, entendemos tratar-se de regra geral de todo o regime da tutela provisória (satisfativa ou cautelar, de urgência ou evidência, antecedente ou incidente). De todo modo, doutrina abalizada tende a reconhecer a necessidade de ilicitude na conduta do agente como pressuposto para sua responsabilização. Nesse sentido, MITIDIERO, Daniel. Antecipação da Tutela - da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017.

deixa de ser também uma hipótese de decisão efetivada, porém sujeita à modificação posterior. Ainda que possa se tratar de decisão proferida em cognição exauriente, também decisões pendentes do trânsito em julgado têm o condão de ser modificadas por decisões posterior em grau recursal.

Por essa razão, também o art. 520, aplicável ao regime do chamado "cumprimento provisório de sentença", prevê em seus incisos I e II a responsabilização derivada diretamente do risco (conforme inc. I, "corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido", e conforme inc. II, "fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos"). Da mesma forma, o parágrafo quarto do dispositivo prevê a necessidade de reparação em caso de reforma ("§ 4o A restituição ao estado anterior a que se refere o inciso II não implica o desfazimento da transferência de posse ou da alienação de propriedade ou de outro direito real eventualmente já realizada, ressalvado, sempre, o direito à reparação dos prejuízos causados ao executado").

Em ambos os casos, portanto, o fundamento da responsabilização não é a ilicitude, mas justamente o risco assumido pelo beneficiário da medida em face da possibilidade (maior ou menor, a depender do caso) de que a decisão venha a ser futuramente revertida. Trata-se, em suma, de responsabilidade pelo ato lícito, com contornos e previsão específica em lei.

Outra situação de responsabilização que independe da ilicitude no processo civil é a do dano pelo exercício do direito à rescisão da coisa julgada (propositura de ação rescisória). Do ponto de vista normativo, a regulação inerente à ação rescisória no direito brasileiro prevê a necessidade de apresentação de depósito por parte do proponente da ação, na importância de cinco por cento do valor da causa, "que se converterá em multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente" (art. 968, II, CPC). De outro lado, esse depósito será restituído ao proponente sempre que a sentença lhe for favorável (art. 974, *caput*, CPC) e liberado para o réu sempre que for unanimemente julgada inadmissível ou improcedente (art. 974, parágrafo único, CPC). Silencia o código acerca da situação de decisão não unânime.

Relativamente à natureza desse depósito, trata-se inequivocamente de espécie de caução *sui generis* prestada pelo autor da ação. Entretanto, a sua conversão em multa aprofunda um problema relativo à sua função em caso de improcedência ou inadmissibilidade unânime. Em verdade, não se trata

propriamente de valor a ser reparado (visto que não tem conexão direta com o montante do prejuízo incorrido pelo réu em se defender), porém a sua previsão como "multa" dá azo a que se considere esta uma hipótese de reparação financeira àquele que suporta uma prejuízo juridicamente relevante, mesmo que o exercício do direito de ação não se configure como ato ilícito (na modalidade volitiva – art. 186, CC - ou como exercício disfuncional do direito – art. 187, CC). Em outras palavras, trata-se de valor que será convertido àquele que suporta o prejuízo, mesmo que a conduta da contraparte não se configure como ilícita. Destrinchando sua função, portanto, fica clara a função reparatória (ainda que chamada de "multa"), em modalidade processual da chamada cláusula penal compensatória.

Trata-se, portanto, de uma hipótese em que há a reparação (ainda que limitada ao percentual previsto em lei) em função da conduta processual (qual seja, a propositura de ação rescisória, posteriormente julgada inadmissível ou improcedente) lícita (visto que sem reconhecimento de que se trata de conduta antijurídica). Em se tratando de exercício abusivo do direito de ação, os parâmetros indenizatórios mudam, podendo-se cogitar de abuso processual e, portanto, de indenização em montante maior do que o limitado nos cinco por cento do proveito econômico da causa.

4. Considerações conclusivas

O presente artigo buscou, em primeiro plano, expor uma leitura diferente do fenômeno processual, compreendido esse como um *sistema de incentivos* que influenciam a ação dos agentes participantes desse *ambiente de interações*. A partir dessa leitura, pode-se conceber o *processo como um jogo* em que as regras influenciam as *recompensas* buscadas pelos sujeitos processuais no exercício de suas *estratégias de atuação*. A essa leitura chamamos de *componente estratégico-institucional* do processo judicial.

Relativamente ao problema do dano derivado da atuação dos agentes processuais, buscou-se demonstrar a necessidade de se compreender as hipóteses de responsabilização como sinais que determinam a conduta dos sujeitos em direção a um determinado rumo de ação desejado pelo sistema. A previsão de hipóteses de responsabilização atende à necessidade de se tutelar um ambiente de interações ético (*estatuto ético do processo*). Nesse sentido, é importante compreender como, e em que medida, são estruturadas hipóteses de indenização no âmbito do processo judicial.

Com essa finalidade, buscou-se estruturar uma classificação analítica das hipóteses de dano processual, utilizando a licitude ou não da

conduta como fator de distinção. Em primeiro lugar, o código estrutura hipóteses de responsabilidade fundada no ato ilícito praticado pelos sujeitos processuais. Ao lado disso, existem hipóteses de responsabilidade fundada no risco, a despeito da licitude da conduta dos agentes. Essa distinção é importante pois permite contemplar uma segunda faceta do jogo processual, para além da preocupação estritamente ética da conduta dos sujeitos no processo.

A primeira conclusão a que se pode chegar a partir da distinção apresentada é a de que nem todas as hipóteses de dano processual derivam da preocupação na manutenção de um ambiente ético no processo judicial. O sistema denota uma preocupação também com a utilização parcimoniosa dos instrumentos processuais, especialmente quando prevê responsabilização pela efetivação de medidas inclusive referendadas pelo poder judiciário. Vem à tona, com isso, uma preocupação secundária do sistema de incentivos processuais com a alocação adequada de riscos entre os sujeitos processuais, especialmente gravando àqueles que pretendem alterar o *status quo* antes de a decisão se tornar imutável, em função da potencialidade de que estas sejam revistas.

Cria-se com isso uma estrutura de incentivos à utilização responsável de institutos estruturados na possibilidade de efetivação de decisões proferidas em juízo cognição sumária ou pendentes de revisão. Não por outra razão, em caso de já haver a imutabilidade das decisões (ação rescisória), ao ônus de demandar se agrega o ônus de previamente garantir a eventual compensação pela rediscussão do feito. Nesses casos, a ilicitude, tradicional fator de responsabilização dentro e fora do processo, abre espaço para o risco como fundamento da responsabilidade civil.

Posfácio: novos danos na pós-modernidade

Amanda Flávio de Oliveira[1]

Todas as vezes que se unem, Maurilio Casas Maia e Gustavo Borges, na organização de um trabalho acadêmico, surge uma preciosidade. Não é diferente agora. A nova obra que juntos produzem, *Novos danos na pós-modernidade*, debruça-se sobre o que há de mais atual – e também mais vanguardista – na importante missão atribuída ao ordenamento jurídico de disciplinar a reparação de danos.

Decerto que a disciplina da reparação de danos constitui uma das atividades primordiais atribuídas ao Estado. Milton Friedman, expoente do Liberalismo clássico, elencava entre as funções estatais básicas em uma sociedade livre precisamente "*mediar as diferenças entre as pessoas sobre o significado das regras*"[2]. É que não se admite a ação irresponsável, que lesiona pessoas e direitos impunemente. A mediação estatal, em muitos casos, é também a saída para disciplinar a forma da recomposição de prejuízos.

Nesse passo, se as relações sociais alteram-se, evoluem, sofisticam-se, se novos meios de interação social surgem, novas possibilidades de ofensas a bens jurídicos igualmente manifestam-se, implicando no aparecimento de novos contornos do velho instituto do dano jurídico. A presente obra propõe-se a estudar expressões mais atuais desses novos danos, alguns dos quais o Direito e seus operadores ainda defrontam com surpresa e dificuldade.

---

[1] Amanda Flávio de Oliveira é professora associada da Universidade de Brasília – UNB. Foi Diretora da Faculdade de Direito da UFMG, Presidente nacional do BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, Assessora da Presidência do Supremo Tribunal Federal e Presidente da Fundação Professor Valle Ferreira.

[2] Friedman, Milton. Capitalismo e Liberdade . LTC Editora. Edição do Kindle.

Refiro-me, a título de exemplo, aos danos causados pela nova ordem digital (*Fernanda Nunes Barbosa*), ao dano em decorrência perda de uma chance (*Rafael Silva*), ao dano temporal (*Gustavo Borges* e *Maurilio Casas Maia*), ao dano existencial (*Flaviana Soares, Andrea Cristina, Fernanda Tartuce* e *Karen Leite)*, ao dano afetivo (*Dóris Ghilardi)*, ao dano processual (*Rafael Abreu*), ao dano por privação de uso (*Bruno Fuga)* e ao dano sexual (*Felipe Almeida*), todos esses implicando em renovadas expressões de um instituto vetusto. Essas novas expressões surgem rigorosa e verticalmente enfrentadas neste livro.

Conforme nos ensina o Mestre Caio Mário da Silva Pereira, constituem elementos essenciais da responsabilidade civil a *conduta antijurídica*, o *dano* e o *nexo de causalidade*, e da conjugação desses elementos decorre, como efeito principal, o dever de indenizar, reestabelecendo o equilíbrio rompido[3]. Entretanto, natural é que, com o evoluir dos fatos sociais, as condutas consideradas antijurídicas alterem-se, ou realizem-se de forma inédita, com conteúdo e/ou consequências originais, implicando no dever dos operadores do Direito de enfrentá-las adequadamente. Se as condutas antijurídicas se renovam e se inéditas percepções de prejuízo se apresentam, o ordenamento jurídico deve encontrar-se preparado para com elas lidar.

Em alguns casos, outras jurisdições podem se apresentar mais evoluídas na reflexão e no tratamento dos novos danos. Embora não se deva simplesmente transplantar soluções estrangeiras, sob pena de inadequação e ineficácia, conhecer e aprender com a experiência externa pode ser um bom caminho. Nesse sentido, é que a obra apresenta lições de outros países, especialmente tratamentos italianos e alemães, para questões também aqui postas (*Flaviana Soares, Andrea Cristina Zanetti* e *Fernanda Tartuce, Guilherme Reinig* e *Rafael Silva, Doris Ghilardi*), propiciando cogitação sobre os limites de sua aplicabilidade no Brasil. Inspirar-se e criar deve ser a tônica no conhecimento e apreensão de conteúdo jurídico estrangeiro. Não raro, institutos alheios ao nosso ordenamento jurídico são aqui implementados, gerando espaço para insegurança jurídica e atecnia. Andaram bem, nesse sentido, os capítulos que visitam tratamento de danos contemporâneos em outras jurisdições. A capacidade de conhecer, sem propor sua adoção acriticamente, é algo a ser remarcado como ponto forte da obra.

Também é de se reconhecer o trabalho preciso de pesquisa jurisprudencial realizado por diversos capítulos (em especial *Maurilio Casas*

[3] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. 1. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 457-458.

Maia, além de *Bárbara Figliuolo, José Roque Marques, Rafael Silva e Doris Ghilardi).* Um bom estudo da sistemática da reparação de danos passa pela compreensão da evolução da decisão judicial na matéria, e os textos não se furtaram a isso.

Um tema efervescente, também contemplado, refere-se ao dano causado pelo próprio Estado, em matéria de intervenção no domínio econômico. Em um período de intenso debate sobre a opção por um Estado social ou por um Estado liberal, revela-se tema oportuno e provocante. O assunto, de forma genérica, encontra-se em franco debate no STF, essencialmente submetido ao regime da repercussão geral, em específico no Tema 826 (de 2015). Antes disso, alguns julgados da Corte já admitiram a necessidade de reparação de danos, por parte do Estado, em caso de intervenção que causa dano[4]. O tema é abordado nesta obra de forma completa, doutrinariamente sólida e especificamente direcionada ao problema do tabelamento de preços (*Carlos Alberto de Moraes Filho*), situação que se tornou objeto necessário de reflexão após as manifestações dos caminhoneiros, em 2018. O capítulo é leitura obrigatória.

Temas delicados para a vida humana, com forte viés moral e/ou ético não foram negligenciados, mas tratados com sobriedade. É o caso de diagnóstico genético pré-implantacional (*Paula Pereira)* ou da exposição de crianças à publicidade abusiva *(Lucia d'Aquino).* Questões de ordem coletiva ou difusa relevantes foram desenvolvidas, como o dano moral laboral *(Valmir Pozzetti e Adriana Cromwell)* e o dano moral coletivo (*Fabio Schwartz).* No quadrante ambiental, o dano social hídrico (*Barbara Figliuolo e José Roque Marques)* e os resíduos sólidos pós consumo *(Erivaldo Cavalcanti Filho e Carla Cavalcanti)* foram objeto de perscrutação. Em uma sociedade de rede e da comunicação sem limites, debruçou-se sobre o direito à conexão (*Karen Leite).*

Esse conjunto completo de temas pontuais, todos eles faces de um mesmo grande dilema e que constitui a imperiosidade de se reparar danos, é o que torna esta obra grandiosa e relevante. Ela não é, entretanto, *surpreendentemente* valiosa.

No passado recente, Maurilio Casas Maia e Gustavo Borges uniram-se para organizar uma obra especificamente sobre o *Dano Temporal*[5]. O resultado do trabalho, notavelmente primoroso, resultou na sua

---

[4] RE 422.941, 2a Turma, Rel. Min. Carlos Velloso.

[5] MAIA, Maurilio Casas e BORGES, Gustavo (org.). Dano Temporal: o tempo como valor jurídico. 1ª ed. Florianopolis: Emporio do Direito, 2018.

premiação como melhor obra coletiva em Direito do Consumidor no biênio 2016-2018. A premiação ocorreu no bojo da realização do 14º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, em São Paulo, em maio de 2018. Observe-se que este foi o maior Congresso jurídico de Direito do Consumidor de todos os tempos, tendo congregado mais de mil pessoas em três dias de intensa atividade acadêmica. A premiação, que leva o nome da ilustríssima Professora Ada Pellegrini Grinover, foi conferida após a análise de inúmeras obras igualmente relevantes, por um seleto grupo de acadêmicos de primeira linha, sob a nobre coordenação do festejado Prof. Kazuo Watanabe. Ou seja, aquela obra é inegavelmente, comprovadamente, certificadamente singular. A presente obra não é diferente.

Tive a honra de ter sido convidada a prefaciar aquele livro. Desta vez, com este Posfácio, sinto-me reincidentemente prestigiada. Está-se diante de trabalhos cujos conteúdos valorizam o professor que os apresentam. Sucesso à nova obra, vida longa à exitosa parceria acadêmica entre Maurilio e Gustavo.

Brasília, 30 de março de 2019.

Amanda Flávio de Oliveira